

[الكتاب الأول] كتاب النكاح^(١) الأول

[الباب الأول]
في الحَضِّ على النكاح ، والحِطَّة^(٢) فيه

[فصل ١ : في الحَضِّ على النكاح وذكر حكمه]

والنكاح مندوبٌ إليه لقول الله تعالى : ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾^(٣) .

(١) النكاح لغة : قال الأزهرى : أصل النكاح في كلام العرب : الوطء ، وقيل للتزويج نكاح ، لأنه سبب الوطء ، فيقال : نَكَحَ فُلَانٌ امْرَأَةً يَنْكِحُهَا نِكَاحًا إِذَا تَزَوَّجَهَا .
وقال أبو علي الفارسي : فرقت العرب فرقاً لطيفاً يُعرف به موضع العقد من الوطء ، فإذا قالوا : نَكَحَ فُلَانَةٌ أَوْ بِنْتُ فُلَانٍ أَوْ أُخْتَهُ : أرادوا تزويجها وعقد عليها ، وإذا قالوا : نَكَحَ امْرَأَتَهُ أَوْ زَوْجَتَهُ ، لم يريلوا إلا الجماع ، لأن بذكر امرأته وزوجته يُستغنى عن العقد .
انظر : لسان العرب ، تأليف محمد بن منظور (بيروت : دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٣ هـ) ، مادة (نَكَحَ) ، تحرير ألفاظ التنبيه ، تأليف الإمام محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، تحقيق عبد الغني الدقر (دمشق : دار القلم ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨ هـ) ص ٢٤٩ .

وشرعاً فقد عرفه ابن عرفة بأنه : عقدٌ على مجرد متعة التلذذ بآدمية ، غير موجب قيمتها ببينة قبله ، غير عالم عاقبتها حرمتها إن حرّمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر ، شرح حدود ابن عرفة ، تأليف أبي عبد الله محمد الأنصاري الرضا ، تحقيق محمد أبو الأحناف والطاهر المعموري (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٣ م) ٢٣٥/١ .
(٢) الحِطَّة : حَطَبَ المرأةُ إِلَى الْقَوْمِ إِذَا طَلَبَ أَنْ يَتَزَوَّجَ مِنْهُمْ وَاعْتَصَلَّ بِهَا ، وَالاسْمُ الْحِطَّةُ بِالْكَسْرِ فَهُوَ مُحَاطَبٌ .

المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، تأليف أحمد بن محمد بن علي الفيومي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤ هـ) ١٧٣/١ .

(٣) سورة النور : آية ٣٢ .

وقول النبي صلى الله عليه وسلم : "تنكحوا تناسلوا"^(١) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : "تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"^(٢) ،

(١) هذا الحديث ذكره العجلوني بلفظ : تنكحوا تناسلوا أباهي بكم الأمم يوم القيامة . انظر كشف الخفا ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس ، تأليف إسماعيل بن محمد العجلوني (بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط/بدون ، ت : بدون) ٣١٨/١ رقم (١٠٢١) .

لكنه ورد بلفظ "تنكحوا تكثروا" أخرجه في المصنف ، تأليف الحافظ عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق المحدث حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ) ١٧٣/٦ رقم (١٠٣٩١) من طريق سعيد بن أبي هلال مرفوعاً ، وهو مرسل ، لأن سعيد من السادسة ، انظر : تقريب التهذيب ، تأليف الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ) ٣٦٦/١ رقم (٢٤١٧) .

وأخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيهقي عن أبيه عن ابن عمر مرفوعاً ، والمحمدان ضعيفان ، انظر : التلخيص الجليل في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، تأليف الحافظ ابن حجر العسقلاني ، تصحيح وتعليق عبد الله هاشم اليماني (معلومات النشر : بدون) ١١٦/٣ ، فالحديث ضعيف .

(٢) أخرجه الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني في سننه ، إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد (بيروت : دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٣٩١هـ) كتاب النكاح ، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء ٥٤٢/٢ رقم (٢٠٥٠) ، والحافظ عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي ، في سننه ، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية السندي ، ضبط وتصحيح عبد الوارث محمد علي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ) ، كتاب النكاح ، باب كراهية تزويج العقيم ٥٠٤٩/٦ رقم (٣٢٢٧) ، والحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني - ابن ماجه - في سننه تحقيق محمد فواد عبد الباقي (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط/بدون ، ت/بدون) ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في فضل النكاح ٥٩٢/١ رقم (١٨٤٦) ، والحافظ أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري في المستدرک على الصحيحين ، دراسة وتحقيق مصطفى عبد القادر عطا (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ) ، كتاب النكاح ١٧٦/٢ رقم (٢٦٨٥) وقال : صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي .

وليس بواجب ، وهو مذهب مالك رحمه الله^(١) بخلاف داود^(٢) في الحرّة^(٣) ، والدليل لما لك قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَمْلَكَةٌ تَمْسَاكُمْ ﴾^(٤) فقد خيّرنا تعالى في النكاح أو ملك اليمين ، وليس في الواجب تخير^(٥) ، واعتباراً بنكاح الأمة ، ولأنه عقد معاوضة فلم يجب ابتداءً بالشرع كعقد

(١) انظر : النكت والفرق ل ٦٠/ب ، الإشراف على مسائل الخلاف ، تأليف القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي (مطبعة الإرادة ، ط/بدون ، ت/بدون) ٨٩/٢ .

وهذا حكم النكاح في الجملة ، وإلا فإنه تعرض له الأحكام التكليفية الخمسة : فيجب على من احتاج إليه ولم يقدر على الصبر دون النساء وليس عنده مال يتسرى به ، وخشي على نفسه العنت إن لم يتزوج ، ويندب لمن يرجو النسل ، أو كانت نفسه تشتاق النكاح دون خشية الزنا بتركه ، ويباح لمن يرجو النسل ولا تميل نفسه إليه ولا يقطع عنه فعل خير ، ويحرم على من لا يخشى بتركه الزنا ، ولا قدرة له على نفقة الزوجة أو على الوطء ، أو ينفق عليها من الحرام ، ويكره في حق من يقطع عنه فعل العبادة غير الواجبة ، قال ابن رشد : فالقول إنه واجب على الإطلاق أو مندوب إليه على الإطلاق ليس بصحيح .

انظر : المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية ، تأليف أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، تحقيق محمد حجي (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ) ٤٥٤/١ ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، تأليف أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي (بيروت : دار الفكر ، ط/بدون ، ت/بدون) ٢/٢ .

(٢) هو أبو سليمان داود بن علي الأصبهاني ثم البغدادي ، الفقيه الظاهري ، كان حافظاً مجتهداً ناسكاً زاهداً ، له ذكاء خارق ، وفيه دين متين ، تفقه على أبي ثور وابن راهويه ، توفي سنة ٢٧٠هـ .

انظر : سير أعلام النبلاء ٤٩١/١٠ ، شذرات الذهب ١٥٨/٢ .

(٣) انظر : الإشراف ٨٩/٢ .

(٤) سورة النساء : آية ٣ .

(٥) قال ابن رشد مبنياً وجه الاستدلال بالآية على عدم وجوب النكاح : وملك اليمين ليس بواجب بإجماع ، ولا يصح التخيير بين واجب وماليس بواجب ، لأن ذلك يخرج للواجب عن الوجوب . المقدمات الممهدة ٤٥٢/١ .

البيع^(١) .

وقال بعض البغداديين^(٢) : النكاح في الجملة مندوبٌ إليه ، وربما تعيّن فرضه إذا خاف العنت^(٣) ولم يجد ما يتسرّى به^(٤) ، وهو قادرٌ على النفقة والمهر ، وربما كره له ذلك وهو أن يكون غير محتاجٍ إليه وهو قليل المال والكسب فيغفر المرأة ويضرّها^(٥) .

قال ابن حبيب : وحضّ النبي صلى الله عليه وسلم على نكاح الأبكار وقال "فإنهن أطيب أفواهاً وأنتن أرحاماً وأطيب أخلاقاً"^(٦) .

(١) انظر : المعونة ٧١٧/٢ ، ٧١٨ .

(٢) والمراد به هنا أبو عبد الله بن خوير مناد كما في تهذيب الطالب .
وترجمته : هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله بن خوير منداد ، إمامٌ ، عالمٌ ، متكلمٌ ، فقيهٌ أصولي ، تفقه على أبي بكر الأبهري وغيره ، ألف كتاباً كبيراً في الخلاف ، وكتاباً في أصول الفقه ، وكتاباً في أحكام القرآن .

انظر : الديباج المذهب ٢٢٩/٢ ، شجرة النور الزكية ص ١٠٣ .
(٣) العنت : قال ابن فارس : العين والنون والتاء أصلٌ صحيحٌ يدل على مشقةٍ ومأشبه ذلك ، ولا يدل على صحةٍ ولا سهولةٍ ، قال القراء في قوله تعالى : ﴿ ذَلِكَ لِمَنْ حَشِيَ الْعَنْتَ مِنْكُمْ ﴾ سورة النساء : آية ٢٥ : أي يرتخص لكم في تزويج الإماء إذا خاف أحدكم أن يفجر ، وقال غيره : معناه : ذلك لمن خاف أن تحمله الشهوة على الزنا فيلقى الإثم العظيم في الآخرة .

انظر : معجم مقاييس اللغة ، تأليف أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، تحقيق عبد السلام محمد هارون (بيروت : دار الجيل ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ) ، مادة (عنت) .

(٤) التسري : هو وطء السيد أمته ، مشتقٌ من السر وهو الجماع ، سمي بذلك لأنه يفعل سرّاً ، قاله الأزهري وغيره ، وقال أبو الهيثم : مشتقٌ من السر وهو السرور ، لأن صاحبها يُسرُّ بها .
ويقال : تسرّرت حارية وتسرّيت ، كما قالوا : تظنّنت وتظنّيت من الظن .
انظر : تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٥٠ .

(٥) تهذيب الطالب وفائدة الراغب ل ٥/أ .

(٦) أخرجه ابن ماجه عن عويم بن ساعدة مرفوعاً ، كتاب النكاح ، باب تزويج الأبكار ٥٩٨/١ رقم (١٨٦١) ، والإمام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي في السنن الكبرى تحقيق محمد عبد القادر عطا (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ) ، كتاب النكاح ، باب استحباب التزويج بالأبكار ١٣٠/٧ رقم (١٣٤٧٣ ، ١٣٤٧٤) وفيه -

قال ابن حبيب : أنتق أرحاماً : أقبل للولد^(١) .
ورغب في نكاح الولود^(٢) ، وفي حديث آخر : "الولد الودود العود"^(٣) .
قال ابن حبيب : ويستحب أن يستحب الخال^(٤) ، وقد يتقى رضاع
الفاجرة فكيف بهذا!^(٥)
وقد قال صلى الله عليه وسلم : "تنكح المرأة لما لها ولجملها ولحبها ودينها"
فاظفر بذات الدين تربت يداك"^(٦) (٧) .

- حمد بن طلحة قال عنه ابن حجر : صدوقٌ يخطئ ، انظر : التقريب ٩٠/٢ رقم (٥٩٩٩) .
وأخرجه الحافظ سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني في سننه ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي
(بيروت : دار الكتب العلمية ، ط/بدون ، ت/بدون) ، باب ما جاء في نكاح الأبيكار ١٤٤/١
رقم (٥١٣، ٥١٤) ، وابن أبي شيبة ٥٢/٤ رقم (١٧٦٩٠) عن مكحول مرفوعاً .
وأخرجه الحافظ أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة في المصنف ، ضبط وتصحيح محمد
عبد السلام شاهين (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ) موقوفاً على عمر
ابن الخطاب رضي الله عنه بسند صحيح ، كتاب النكاح ، باب ما قالوا في تزويج الأبيكار
وما ذكر في ذلك ٥٢/٤ رقم (١٧٦٨٨) . والحديث حسنٌ بهذه الطرق .
(١) وقال ابن الجوزي : أي : أكثر أولاداً ، يقال للمرأة الكثيرة الولد : ناتق ، وميتاق ، لأنها
ترمي بالأولاد رمياً .
غريب الحديث ، تأليف الإمام أبي الفرج عبد الرحمن بن علي الجوزي ، تحقيق عبد المعطي
أمين قلنجي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ) ٣٨٩/٢ .
(٢) أي يقوله : "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة" وقد سبق تخريجه ص ٢ .
(٣) لم أعر عليه بهذا اللفظ ، وهو بمعنى الحديث الذي قبله .
(٤) لعل مراده أن تطلب النجاة في الخال ، لأن الولد يشبه عماله في الغالب .
(٥) النوادر والزيادات ل ٢١١/أ .
(٦) قوله "تربت يداك" أي افتقرت ، قال أبو عبيد : ولم يرد به الدعاء ، لكنها كلمةٌ جاريةٌ على
السنة العرب يقولونها ولا يريدون وقوع ذلك .
انظر : غريب الحديث ١٠٥، ١٠٤/١ .
(٧) أخرجه الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبه البخاري في
صحيحه (استانبول : المكتب الإسلامي ، ط/بدون ، م ١٩٧٩) ، كتاب النكاح ، باب
الاكتفاء في الدين ١٢٣/٦ ، والإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري في
صحيحه ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط/بدون ، ١٤١٣هـ)
كتاب الرضاع ، باب استحباب نكاح ذات الدين ١٠٨٦/٢ رقم (١٤٦٦) .

وأمر أن تُنكح في الأكفاء^(١) ، وقد قال عمر رضي الله عنه : لا يزوج الرجل وليته للقبيح الذميم ولا للشيخ الكبير^(٢) .
ابن المواز : قيل لمالك : فما جاء عن عمر : لا تزوجهن إلا الأكفاء^(٣) ،
وأنه فرق بين رجل وامرأة كان قد زوجها وهو غير كفء؟
قال : قد جاء عنه غير هذا ، قوله : دين الرجل حسبه ، وكرمه تقواه ،
ومروءته خلقه^(٤) ، فليس الشرف والحسب إلا في الإسلام والتقوى^(٥) .

-
- (١) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض" .
أخرجه الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي في سننه ، تحقيق أحمد محمد شاكر (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط/بدون ، ت/بدون) ، كتاب النكاح ، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه ٣/٣٩٤، ٣٩٥ رقم (١٠٨٤) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح باب الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضي ٧/١٣٢٢ رقم (١٣٤٨١) ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢/١٧٩ رقم (٢٦٩٥) وقال : صحيح الإسناد .
وأخرجه الترمذي أيضاً بلفظ : "إذا جاءكم" الحديث من طريق آخر عن أبي حاتم المزني ٣/٣٩٥ رقم (١٠٨٥) وقال : هذا حديث حسن غريب .
- (٢) أخرجه عبد الرزاق بمعناه ، باب عرض الخواري ٦/١٥٨ رقم (١٠٣٣٩) .
- (٣) أخرجه سعيد بن منصور ، باب من قال لا نكاح إلا بولي ١/١٥١، ١٥٢ رقم (٥٣٧) .
- (٤) أخرجه الإمام علي بن عمر الدارقطني في سننه ، تحقيق عبد الله هاشم عساني المدني (القاهرة : دار المحاسن للطباعة ، ط/بدون ، ت/بدون) ، كتاب النكاح ٣/٣٠٤ رقم (٢١٦) بلفظ : حسب المرء دينه ، ومروءته خلقه ، وأصله عقله .
- (٥) النوادر والزيادات ل ٢١١/ب .

[فصل ٢ — في الخطبة في النكاح]

قال ابن المواز : واستحب أهل العلم الخطبة في عقد النكاح .
قال مالك : وهي من العمل القديم ، وما نرى لأحد^(١) تركها ، وما قلَّ منها
فهو أفضل^(٢) .

قال محمد بن إبراهيم^(٣) : وقد خطب عروة بن الزبير^(٤) إلى عبد الله بن عمر
ابنته سودة ، فقال : ياتافع^(٥) ادع عبيد الله^(٦) وسالم^(٧) ، ابنيه ، فلما أتياه قال : إن

(١) في "وما نرى لها غير" .

(٢) قال مالك : وكانوا يستحبون أن يحمّد الله الخاطب ويصلي على نبيه ، ثم يخاطب المرأة ، ثم يحببه المخطوب إليه بمثل ذلك من حمد الله والصلاة على نبيه ، ثم يذكر إجابته .
انظر : المصدر نفسه ل ٢١٢ / ١ .

قال ابن رشد : يُستحب إخفاء خطبة النكاح ، وأن يُهنأ النكاح عند تكاحه ويدعى له بالبركة فيه .
انظر : المقدمات الممهّدة ٤٨١ / ١ .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن دينار الجهني ، الفقيه الإمام الثقة ، مقي المدينة ، صاحب مالكا وابن هرمز ، قال أشهب : ما رأيت في أصحاب مالك أقفه من ابن دينار . توفي سنة ١٨٢ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٢٩١ / ١ ، الديباج ١٥٥ / ٢ ، شجرة النور ص ٥٧ .
(٤) هو أبو محمد عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب ، وأمه أسماء بنت أبي بكر الصديق ، تابعي ثقة ، فقيه ، كثير الحديث ، جمع العلم والسيادة والعبادة ، توفي بالمدينة سنة ٩٤ هـ .

انظر : الطبقات الكبرى ١٣٦ / ٥ ، شذرات الذهب ١٠٣ / ١ .
(٥) هو أبو عبد الله نافع القرشي ، ثم العدوي العمري ، الإمام المفتي الثبت ، عالم المدينة مولى عبد الله بن عمر بن الخطاب ، روى عن ابن عمر وعائشة وأبي هريرة وأبي سعيد الخدري وغيرهم أصابه عبد الله في غزاته ، كان ثقة كثير الحديث ، توفي بالمدينة سنة ١١٧ هـ .

انظر : الطبقات ٣٤٢ / ٥ ، سير أعلام النبلاء ٥٦٣ / ٥ .
(٦) هو عبيد الله بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، وأمه أم ولد ، ثقة ، قليل الحديث .
انظر : الطبقات ١٥٥ / ٥ .

(٧) هو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، وأمه أم ولد وهي أم عبيد الله ، إمام زاهد ، حافظ ، مقي المدينة ، ثقة ورع ، توفي سنة ١٠٦ هـ .
انظر : المصدر نفسه ١٤٩ / ٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٨٢ / ٥ .

عروة خطب إليّ أختكما وإني أزوجه إياها بما جعل الله تعالى للمسلمات على المسلمين من الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان^(١) ، وأن يستحلّها بما تستحلُّ به المسلمة ، / قالوا : كذلك يا عروة؟ قال : نعم ، قال : فقد زوجناكها على بركة الله عز وجل^(٢) .

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٢) أخرج قصة خطبة عروة البیهقي بلفظ : قال عروة بن الزبير : لحقتُ ابن عمر فخطبت إليه ابنته ، فقال لي : إن ابن أبي عبد الله لأهل أن ینکح . محمد ربنا ونصلي على نبينا ، وقد أنکحناک على ما أمر الله به إمساكاً بمعروفٍ أو تسريحاً بإحسان . سنن البیهقي ، کتاب النکاح ، باب ما يستحب للولي من الخطبة والكلام ٢٣٧/٧ رقم (١٣٨٣٢) .

[الباب الثاني] في نكاح الشغار^(١) وما يتعلق به

[فصل ١ - في حكم نكاح الشغار وبيان معناه]

ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن نكاح الشغار^(٢) ، وقال : "لا شغار في الإسلام"^(٣) .
قال مالك : وهو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق^(٤) .
والشغار خلوة العقد من المهر ، يقال : بلدٌ شاعرٌ ، أي خالٍ ، ويقال : شَغَرَ الكلب إذا رفع رجله ليبول^(٥) .

(١) الشغار لغة : مشتقٌ من الشَّغَر وهو الرفع ، يقال : شَغَرَ الكلب يشَغُر شَغْراً : أي رفع إحدى رجله ليبول ، والشَّغَر : الخُلُو ، يقال : شَغَرَت الأرض والبلد : أي خَلَّت من الناس ولم يبق بها أحدٌ يحميها ويضبطها .

انظر : اللسان ، مادة (شَغَرَ) ، وقد ذكر المؤلف هذا المعنى .

وشرعا : هو خُلُو البُضْع عن الصداق .

شرح حدود ابن عرفة ٢٦١/١ .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب الشغار ١٢٨/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ١٠٣٤/٢ رقم (١٤١٥) ، ومالك ، كتاب النكاح ، باب جامع ما لا يجوز من النكاح ٤٢٢/٢ رقم (٢٤) .

(٣) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ١٠٣٥/٢ رقم (١٤١٥) .

(٤) انظر : المدونة ١٥٢/٢ .

وسياقي قريباً التحقيق في قائل هذا المعنى للشغار .

(٥) قال عبد الحق : وذلك أن الكلب لا يتأهَّب للبول ، وإذا أصابه رفع رجله فشبهه الشغار بذلك كأن الزوج وطئ قبل أن يتأهَّب للوطء بالصداق وما يباح به .
تهذيب الطالب لـ ٥/ب .

ولا يحل عقد الشغار بإجماع ، فإذا وقع فسخ قبل وبعد الدخول^(١) ، وروي عنه^(٢) ثبوته بعد الدخول وإنما لم يختلف قوله في المدونة في الشغار بخلاف إذا تزوجها على أن لا صداق إذا اختلف قوله ؛ لأن الموهوبة إنما فسد الأمر فيها إذا لم يسم لها صداقاً ، فإذا فات الأمر بالدخول فقد استوجبت المهر بالميس^(٣) فلامعنى للفسخ على أحد قوليه ، والشغار ليس كذلك .

وقال بعض المحققين^(٤) : إنما اختلف قوله في فسخ الشغار بعد الدخول لاختلافهم في النهي ، هل يقتضي فساد المنهي عنه بعد أن يقع ؟ وأما المنع منه ابتداءً فليس فيه خلاف^(٥) .

(١) انظر : المدونة ١٥٢/٢ ، التفریع ٤٨/٢ .

(٢) أي عن مالك وهي رواية علي بن زياد .

(٣) "بالميس" مكانها بياض في أ ، ب .

(٤) وهو أبو عمران الفاسي كما سيأتي ص ١٣ .

وكثيراً ما يذكر المؤلف آراءه الفقهية نقلاً من تهذيب الطالب لعبد الحق الصقلي .

وترجمته هو أبو عمران موسى بن عيسى بن أبي حاج الفاسي القيرواني ، الفقيه الحافظ العالم الإمام ، استوطن القيروان وحصلت له بها رئاسة العلم ، له كتاب التعليق على المدونة ، كتاب جليل لم يكمل ، ولد سنة ٣٦٣ هـ ، وتوفي بالقيروان سنة ٤٣٠ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٧٠٢/٢ ، الديباج ٣٣٧/٢ ، شجرة النور ص ١٠٦ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ١/٥ .

وسبب الخلاف المذكور مسألة أصولية ، وقد ذكرها أبو الوليد الباجي في مسائل النهي ، وذكر الخلاف فيها ، ورجح القول بأن النهي عن الشيء يقتضي فساد المنهي عنه وقال : وبهذا قال القاضي أبو محمد - أي عبد الوهاب البغدادي - وجمهور أصحابنا ، وأصحاب أبي حنيفة والشافعي .

انظر : أحكام الفصول في أحكام الأصول ، تأليف أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي ، تحقيق ودراسة عبد الله محمد الجبوري (بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٩ هـ) ص ١٢٦ ، ١٢٧ .

قال عبد الوهاب : وتكاح الشغار فاسدٌ لنهيهِ صلى الله عليه وسلم عنه ، ولأنه مَلَّكَ بَضْعَ^(١) ابنته بصدّاقٍ لا تملكه ، وذلك يوجب فساد العقد ؛ لأن المهر يجب أن يكون ملكاً للمنكوحة^(٢) .

ومن المدونة : قال مالك فيمن قال لرجل : زوجني ابنتك على أن أزوجهك ابنتي ، أو : زوجني أمتك على أن أزوجهك أمتي ، ولا مهر بيننا : فذلك شغارٌ يفسخ أبداً وإن ولدت الأولاد ورضياه ، فلنمدخول بها صدّاق المثل^(٣) ، ولا شيء لغير المدخول بها .

قال مالك : والشغار بين العبيد كالشغار بين الأحرار .

قال ابن القاسم : وأحب ما فيه إلّي أن يفسخ بطلاق ، ويقع به الطلاق والموارثة قبل الفسخ لاختلاف الناس في إجازته أو فسخه .

قال سحنون : والذي عليه أكثر رواة مالك أن كلّ عقدٍ كانا مغلوبين على فسخه^(٤) فالفسخ فيه ليس بطلاق ، ولا ميراث فيه ، وقد ثبت من نهى النبي صلى الله عليه وسلم في الشغار^(٥) ما لا يحتاج فيه إلى حجة^(٦) .

(١) البَضْع : بضم الباء وسكون الضاد المعجمة وبالعين المهملة : فرج المرأة .

تنبيه الطالب لفهم ابن إحياء ، تأليف محمد بن عبد السلام بن إسحاق بن أحمد لآمدي المالكي ، مخطوط ، مصور من مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى برقم ٣٢٨ - أصول فقه . ولما كانت أرقام لوحاته غير واضحة اعتمدت الترقيم الذي رُقم به بعد التصوير ، بحيث جُعِلَ لكل وجه رقم ، ورمزت لكل وجه بـ(ص) ، ص ٢٨ .

(٢) انظر : المعونة ٧٥٧/٢ ، ٧٥٨ .

(٣) يرى مالك يرحمه الله أنه لا يُنظر في صدّاق المثل إلى نساء قومها ولكن يُنظر فيه إلى نساها في قدرها وجمالها وموضعها وغناها . انظر : المدونة ٢٣٦/٢ .

وقال الباجي : يعتبر في مهر المثل أربع صفات : الدين والجمال والمال والحسب ، ومن شَرَطَ التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد ، فمن ساواها في هذه الصفات رُدَّتْ إليها في مهر المثل وإن لم تكن من أقاربها .

انظر : المنتقى شرح الموطأ ، تأليف أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي ، (القاهرة : مطبعة السعادة ، الطبعة الأولى ، ١٣٣٢هـ) ٢٨٢/٣ .

(٤) في المدونة زيادة "ليس لأحد إجازته" .

(٥) سبق تخريجه ص ٩ .

(٦) انظر : المدونة ١٥٢/٢ ، ١٥٣ ، تهذيب المدونة ص ٧٩ .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا من القرويين : روي عن علي بن زياد^(١) عن مالك : أن نكاح الشغار إذا دخل ثبت النكاح ، وكان لهما صداق المثل .
قال الفقيه أبو الحسن بن القابسي^(٢) : إنما اختلف قول مالك في ذلك لاختلاف الناس في تأويل الشغار .

قيل : وكيف اختلف الناس فيه وهو في حديث ابن عمر مفسراً أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق ؟
فقال : المتفق عليه من لفظ الحديث إلى قوله : "إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار" وباقي الحديث إنما يحملونه على أنه من تفسير نافع ، ولو كان عن النبي صلى الله عليه وسلم ما اختلف فيه^(٣) .

(١) هو أبو الحسن علي بن زياد التونسي العبسي ، الثقة احافظ ، الجامع بين العلم والورع ، لم يكن في عصره بإفريقية مثله ، سمع من مالك وسفيان الثوري واليث بن سعد وغيرهم ، توفي بتونس سنة ١٨٣هـ .
انظر : طبقات علماء إفريقية وتونس ص ٢٢٠ ، ترتيب المدارك ٣٢٦/١ ، الديباج ٩٢/٢ ، شجرة النور ص ٦٠ .

(٢) هو أبو الحسن علي بن محمد بن خلف المعافري ، المعروف بابن القابسي ، الفقيه النظر الأصولي المتكلم ، كان واسع الرواية ، عالماً بالحديث وعلمه ورجاله ، له تأليف هديمة منها : كتاب الممهد في الفقه ، والمنقذ من شهة التأويل ، وكتاب الاعتقادات ، وكشف المقالة في التوحيد ، والملخص في الموطأ ، توفي بالقروان سنة ٤٠٣هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٦١٦/٢ ، معالم الإيمان ١٣٤/٣ ، الديباج ١٠١/٢ ، شجرة النور ص ٩٧ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٥/١ .
والأمر كما قال أبو الحسن ، فقد اختلف في القائل لمعنى الشغار ، قال الشافعي : لأدري تفسير الشغار في الحديث أو من ابن عمر أو نافع أو مالك .

الأم ، تأليف الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، تخريج وتعليق عمود مطرجي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ) ١١٣/٥ .

قلت : والذي يظهر عند التحقيق أنه من قول نافع لما في الصحيحين من طريق عبيد الله بن عبد الله بن عمر قال : حدثني نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار قلت لنافع : ما الشغار؟ قال : ينكح ابنة الرجل وينكحه ابنته بغير صداق . وينكح أخت الرجل وينكحه أخته بغير صداق . أخرجه البخاري ، كتاب الحيل ، باب الحيلة في النكاح ٦١/٨ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم الشغار وبطلانه ١٠٣٤/٢ رقم (١٤١٥) .

وذكر عن أبي عمران أنه قال : إنما اختلف الناس في الشغار بعد الدخول لاختلافهم في النهي هل يقتضي فساد المنهوي عنه بعد أن يقع أم لا ، وأما المنع منه ابتداءً فما اختلف فيه^(١) .

قال : وتفسير الشغار في رواية ابن عمر إنما هو من تفسير نافع عن ابن عمر ومعنى الشغار لأنهم رفعوا الصداق ، من قوطم : بلدٌ شَاغِرٌ ، إذا ارتفع سبطانه ، وقوطم : شجر الكلب إذا رفع رجله للبول^(٢) .

[فصل ٢ - في تسمية الصداق في نكاح الشغار وما يترتب على ذلك]

قال مالك : وإن قال الرجل لرجل : زوجني / ابتك بمئة على أن أزوجهك [٤٤/ب] ابنتي بمئة ، أو قال : بخمسين ، فلاخير فيه ، وهو من وجه الشغار^(٣) .

- لذا قال الحافظ ابن حجر ردًّا على من قال إنه من قول مالك : قلت : ومالك إنما تلقاه من نافع ، وذكر حديث عهد الله بن عمر . انظر : تلخيص الخبير ١٥٤/٣ .
وقال في البلوغ : واتفقا - أي البخاري ومسلم - من وجه آخر على أن تفسير الشغار من كلام نافع .

بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، تأليف : الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تصحيح وتعليق محمد حامد الفقي (بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ط/بدون ، ت"بدون) ص ٢٠٥ .

(١) وقد تقدم ذكر هذا السبب قريباً .

(٢) وقد تقدم ذكر ذلك عند تعريف الشغار .

انظر : تهذيب الطالب ل ٥/أ، ب .

(٣) الملونة ١٥٤/٢ ، تهذيب الملونة ص ٧٩ .

وقوله : من وجه الشغار أي غير الصريح والمركب ، لأن الشغار ينقسم إلى ثلاثة أقسام : صريحٌ ووجهٌ ومركبٌ ، فالصريح : الخالي من الصداق من الجانبين ، والوجه : المسمى فيه الصداق من الجانبين ، والمركب : المسمى فيه لواحدة دون الأخرى .
انظر : الفواكه الدواني ١١/٢ .

قال ابن القاسم : ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لكل واحدة الأكثر من التسمية أو صداق المثل ، وليس هذا بصريح الشغار لدخول الصداق فيه إلا أن بعض الصداق لا يجوز فصار كمن نكح بمئة درهم وبخمر ، أو بمئة نقداً ومئة إلى موت أو فراق ، فإنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لهما صداق المثل إلا أن يكون أقل من المئة النقداً فلا ينقص من المئة شيئاً^(١) .

وقال في غير المدونة : أو يكون أكثر من المئتين فلا يزداد .

قال ابن حبيب : قاله ابن القاسم .

وقال ابن الماجشون^(٢) : لهما ذلك ، وإن زاد على المئتين ، ورواه مطّرف^(٣) عن مالك^(٤) .

قال الشيخ : فوجه هذا^(٥) : فلأنها صفقة جمعت حلالاً وحراماً ففسد جميعهما ، فوجب أن يكون فيها صداق المثل ما بلغ إذا فاءت كالقيمة في البيع الفاسد .

(١) انظر : للمدونة ١٥٤/٢ ، تهذيب طالع ص ٧٩ .

(٢) هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سمة الماجشون ، كان فقيهاً فصيحاً ، وكان مفتي أهل المدينة في زمانه ، له كتاب سماعاته ، وله رسالة في الإيمان والقدر ، والرد على من قال بخلق القرآن ، توفي سنة ٢١٢ هـ .

(٣) انظر : الطبقات ٥٠٦/٥ ، ترتيب المدارك ٣٦٠/١ ، الديباج ٦/٢ ، شجرة النور ص ٥٦ . هو أبو مصعب مطّرف بن عبد الله بن مطّرف بن سليمان بن يسار اهلائي المدني ، الثقة الأمين الفقيه ، صاحب مانكا سبع عشرة سنة ، توفي بالمدينة سنة ٢٢٠ هـ .

(٤) انظر : الطبقات ٥٠٤/٥ ، الديباج ٣٤٠/٢ ، شجرة النور ص ٥٧ . انظر : النواحر والزيادات ل ٢٣٤ ب .

(٥) أي القول بأنه يزداد في المهر على المئتين .

ووجه قول ابن القاسم : أن النكاح لما كان طريقه المكارمة والبيع طريقه المكايسة لم يحجر بحراه في جميع وجوهه ، ألا ترى أنه يجوز أن يتزوجها على وصيف^(١) أو شاق ولا يصف ذلك ولا يضرب له أجلاً ، ويكون عليه الوَسَط^(٢) من ذلك حالاً ، ويجوز أن يتزوجها على عَرَضٍ موصوف ، ولا يضرب له أجلاً ، ويكون حالاً ، ولا يجوز مثل هذا في البيوع .

فإذا ثبت ذلك وجب إذا كان صداقها أكثر من مئتين لم يزد عليها ، لأنها رضيت بالمئة إلى موت أو فراق ، فإذا أعطيت هذا لم تُظَلَم .

وقد قال أصبغ^(٣) : إنها إذا تركت المئة للغرر أو رضي الزوج أن يعجلها ، وذلك قبل البناء ثبت النكاح . وهذا لا يجوز في البيع^(٤) ، وبالله التوفيق .

قال ابن حبيب : ولو تزوجها بمئة نقداً ومئة إلى أجلٍ معلوم ، ومئة إلى موت أو فراق فلم يفسخ حتى دخل بها فلها صداق المثل ، فإن كان أقل من المئتين فنهما مائتان ، مئة منها إلى أجلها ، وإن كان أزيد من مئتين فالزائد على المئتين حال مع المئة الحالية . ومئة إلى أجلها ، واختلف في الزائد على ثلاثمئة .

فقال ابن المواز : لا يزداد على ثلاثمئة ، وقال ابن الماجشون ومُطَرَف : تزداد بالغاً ما يبلغ نقداً إلا الموجل المعروف^(٥) .

(١) الوَصِيف : هو العبد ، والأمة وَصِيفَةٌ ، وقيل : الوَصِيف هو الخادم ، غلاماً كان أو حارية ، ويقال : وَصَفَ الغلام إذا بلغ الخلقة فهو وَصِيفٌ بَيْنَ الوَصَافَةِ .
اللسان، مادة (وَصَفَ) .

(٢) الوَسَط : بالتحريك المعتدل ، يقال : شيءٌ وَسَطٌ ، أي بين الجيد والردئ ، وعبدٌ وَسَطٌ . وأمةٌ وَسَطٌ .

انظر : المصباح المنير ص ٦٥٨ .

(٣) هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعدي بن نافع المصري ، مفتي أهل مصر ، إمامٌ ، ثقةٌ ، فقيهٌ ، محدثٌ ، له تأليف حسان منها : كتاب الأصول ، وتفسير غريب الموطأ ، وكتاب آداب الصيام ، وكتاب سماعه من ابن القاسم ، توفي بمصر سنة ٢٢٥ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٥٦١/١ ، الديباج ٢٩٩/١ ، شذرات الذهب ٥٦/٢ ، شجرة النور ص ٦٦ .

(٤)، (٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٣٤ ب .

قال الشيخ : كان يجب إذا كان فاسداً عندهما أن يكون فيه صدق المثل حالاً كله بالغاً ما بلغ لا يكون فيه تأخير كالبيع ، فيكون قول ابن القاسم في هذا أولى .

قال الشيخ : قال بعض فقهاءنا : حكى عن أبي سعيد ابن أخي هشام^(١) : إنما يقوم صدق المثل على أن فيه مئة إلى سنة^(٢) .

قال ابن حبيب : وسواء فيما ذكرنا من أول المسألة كان بعضه مؤخرًا إلى غير أجل ، أو إلى موت ، أو فراق ، أو إلى ميسرة ، أو إلى أن تطلبه المرأة به وهو الآن ملئاً أو معدماً ، وقاله ابن الماجشون وأصبع^(٣) .

وقال ابن القاسم في قوله : إلى ميسرة أو إلى أن تطلبه المرأة به ، إن كان يومئذ مليئاً فجائز ، وكذلك قال ابن القاسم في العتبية : إذا تزوجها إلى ميسرة ، فإن كان يومئذ مليئاً فالنكاح جائز ، وليؤخر بقدر ما يرى من التوسعة على مثله ، وإن كان يومئذ معدماً ففسخ ، إلا أن يبنى فيثبت ، ولها صدق المثل^(٤) .

قال عنه عيسى^(٥) : ولو ادعت امرأة على زوجها أنه تزوجها بمئة نقداً أو مئة إلى موت أو فراق ، وذلك قبل البناء لم يقبل في الفسخ شهادة واحد مع يمينها إذا أنكر الزوج ، وإن أقامت بذلك شاهدين ففسخ وبطل الصداق ، ولو أقامت الشاهد بعد البناء حلفت وأخذت / الأكثر من المئة النقد أو صدق المثل^(٦) .

(١) هو أبو سعيد خلف بن عمر ، المعروف بابن أخي هشام الربيعي ، من أهل القيروان ، الإمام الحافظ ، كان إمام أهل زمانه في الفقه والورع ، تفقه على أحمد بن نصر وأبي بكر بن اللثام وغورهما ، ولد سنة ٢٩٧ هـ ، وتوفي سنة ٣٧١ هـ وقيل ٣٧٣ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٢/٤٨٨ ، معالم الإيمان ٣/٩٩ ، الديباج ١/٣٤٧ ، شجرة النور ص ٩٩ (٢) ، (٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٦/ب .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٢٨ ، ٢٩ ، تهذيب الطالب ل ٦/ب .

(٥) هو أبو محمد عيسى بن دينار بن وهب القرطبي ، فقيه ، عابد ، زاهد ، تفقه على ابن القاسم ، به وبجيبى بن يحيى الليثي انتشر علم مالك بالأندلس ، له عشرون كتاباً في سماعه عنه ، ألف في الفقه كتاب الهدية عشرة أجزاء ، توفي بطليلة سنة ٢١٢ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٢/١٦ ، الديباج ٢/٦٤ ، شفرات الذهب ٢/٢٨ ، شجرة نور ص ٦٤ (٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٦/ب .

ابن حبيب : وقال أصبغ : لها أن تحلف مع شاهدها قبل البناء ؛ لأن الفسخ لا يجب بذلك مكانه حتى يخير الزوج في تعجيل ذلك كله ، فإن أبي خيّر الزوجة في أن تترك المولود ، وإن أبت فسخ النكاح .

ولو ادعت أنه تزوجها بجنين أو بآبق أو بثمر لم يبد صلاحه لم تحلف مع شاهدها ، لأن هذا فسخ لا خيار^(١) للزوج فيه^(٢) .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران في رجلين عقد كل واحد منهما نكاح أخته من صاحبه في مجلس واحد - يريد بصدق معلوم - قال : هو جائز إذا لم يفهم أنه إن لم يزوج أحدهما صاحبه لم يزوجه الآخر ، فإن فهم ذلك لم يجوز وكان من الشغار لدخول الصداق فيه .

قال : وإنما فرّق بين وجه الشغار وبين الشغار بخلاف وجه الدين بالدين الذي يجعل كالدين بالدين ؛ لأن وجه الدين بالدين يوجد فيه الربا كما يوجد في نفس الدين بالدين ، والشغار حقيقة البضع بالْبُضْع فلا صدق يدخل في ذلك ، ووجه الشغار الصداق يدخل فيه ، فإن كان قرّة إلى ذلك البضع بالْبُضْع فلا يبلغ مبلغ نفس الشغار^(٣) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأما من خالعت زوجته على حلال وحرام بطل الحرام وحاز منه الحلال ، ولم يكن للزوج غير ذلك ، وإن خالعتها على حرام كنه مثل الخمر والخنزير والربا فخالعت جائز ، ولا شيء للزوج من ذلك ، ولا يتبع المرأة بشيء منه^(٤) .

قال الشيخ : والفرق بين النكاح والخلع في هذا هو أن النكاح لا يجوز إلا بعوض ، فيجب أن يفسد بفساده ، واخلع يجوز بغير عوض فلم يكن لعوضه تأثير في فسادده .

(١) في أ ، ب "لا إختيار" ، وهو تحريف .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل ٦/ب .

(٣) أي الذي لاصداق فيه .

انظر : المصدر نفسه ل ٦/أ .

(٤) انظر : المدونة ١٥٤/٢ .

ومن المدونة : وإن خالعهما على ثمرة لم يبد صلاحها ، أو عبده آبتى ، أو جنين في بطن أمه ، أو بعير شارده جاز ذلك .

وقال ابن القاسم : وإن قال له : زوجني ابنتك بمئة على أن أزوجهك ابنتي بلامهر ، ففعلا ، ووقع النكاح على هذا ودخل كل واحد منهما بامرأته ، فنكاح ابنتي سمي لها المهر ثابت ، ويكون لها مهر مثلها ، ويفسخ نكاح التي لم يسم لها صداق ، دخل بها أو لم يدخل بها^(١) .

قال الشيخ : يريد أن نكاحها قبل البناء يفسخ ولا صداق لها ، وإن دخلا فسخ نكاح التي لم يسم لها صداقا ، وأخذت مهر مثلها ، ويثبت نكاح المسمى لها ، وأخذت الأكثر من التسمية أو صداق المثل .

قال عبد الوهاب : لا خلاف أعلم أن الصداق لا يجوز أن يكون غرراً ، أو مجهولاً ، أو محملاً لا يصلح تملكه ، ولكن الخلاف في النكاح إذا وقع على صداق هذه صفته ، هل يصح ويطل الصداق أو لا يصح أصلاً؟

فمن مالك في ذلك روايتان : إحداهما : أن العقد يبطل ، ويفرق بينهما قبل الدخول وبعده ، والأخرى : أنه إن أدرك قبل البناء فسخ ، وإن أدرك بعد الدخول لم يفسخ .

واختلفت عبارة أصحابنا في معنى الفسخ قبل الدخول ، فظاهر قول متقدميهم وجوب الفسخ على معنى الردع ، لئلا يُقْدِمُوا عليه ، لا على أن العقد وقع فاسداً ثم صح بالدخول ، أو أن الدخول أجاز الإقرار على عقد فاسد على ما عترض به علينا أغبياء المحالفين ، والزمونا على ذلك أن الدخول يجب أن يصح كل عقد فاسد ، كالمنفعة^(٢) والشجر ونكاح المرأة على عمتها وخالتها وغير ذلك .

وذلك كله غير لازم لنا ، ولا مفهوم / من قولنا ، وإنما مراد أصحابنا^[ب/١٥] وجوب الفسخ على طريقة العقوبة هم والردع عما فعله ، لئلا يعودوا إلى مثله .

(١) انظر : المصدر نفسه ١٥٤/٢ .

(٢) أي كنكاح المنعة ، وهو النكاح إلى أجل ، انظر : الرسالة الفقهية ، تأليف أبي محمد عبد الله ابن أبي زيد القيرواني ، تحقيق الهادي حمو ، ومحمد أبي الأحسن (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ) ص ١٩٧ . وسيأتي ذكر الدليل على تحريره .

ولامعنى لقول من قال : إنه ليس في هذا ردع ولا عقوبة لهما^(١) ، لأنهما إذا فسخ^(٢) [نكاحهما]^(٣) عقده في الحال ، لأن فائدة الفسخ أنه يعد طلاقاً . فإذا نكحها عادت عنده على اثنتين ، وهذه فائدة صحيحة^(٤) .

قال الشيخ : ولأنها واحدة بائة تملك الزوجة بها نفسها ، فقد لا تشاء نكاحه ، أو تشاء بأضعاف الصداق الأول ، وفي ذلك ردع بين .

قال عبد الوهاب : وأما المتأخرون فإنهم قالوا : لما حققنا النظر علمنا أن ذلك استحباب من ماله واحتياط ليقع العقد صحيحاً بإجماع ، وإمكان أن يستأنف بصداق صحيح ، فإذا وقع الدخول وفات بالوطء وجب فيه صداق صحيح وتقرر . فلامعنى [للفسخ]^(٥) لزوال الصداق الذي كان الفسخ من أجله^(٦) لوجوب صداق صحيح ، كما لو تزوجها وبها أحد العيوب الأربعة^(٧) ، لكن به الرد ، فلو زال ذلك قبل أن يرد لسقط حقه من الرد لزوال ما من أجله كان به أن يرد .

فأما من تزوج بصداق مغضوب^(٨) فمن أصحابنا من فرق بينه وبين المجهول والغرر ، لأن ذلك ممنوع لحق الآدمي ، ولو أذن له لجاز ، وهذه الأشياء ممنوعة لحق الله تعالى .

-
- (١) "لما" ليست في أ .
 - (٢) في أ ، ب "فسخاه" .
 - (٣) من تهذيب الطالب .
 - (٤) انظر : المعونة ٧٥١/٢ ، ٧٥٢ ، تهذيب الطالب ل ٥/ب .
 - (٥) "للفسخ" من تهذيب الطالب .
 - (٦) وهو ما كان غرراً أو مجهولاً أو لا يصلح تمككه .
 - (٧) وهي التي ترد بها المرأة وهي : الجنون والجذام والبرص وداء الفرج . وسيأتي ذكرها في الباب الثالث والعشرين من هذا الكتاب .
 - (٨) انظر : الرسالة ص ٢٠٣ ، المعونة ٧٧٠/٢ .
 - (٩) الغصب لغة : أخذ المال ظلماً ، النسيان ، مادة (غَصَبَ) .
 - وشرعاً : أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا خوف قتال . شرح حدود ابن عرفة ٤٦٦/٢ .

ومن أصحابنا من ساوى بينهما وقال : يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده كما يقول فيمن صلى في دارٍ مَغْصُوبَةٍ أنه يُعِيد في الوقت لابعده^(١) .
 قال الشيخ : وقد قيل : لا يعيد في وقتٍ ولا غيره ، وهو الصواب فيه ، وفي أن لا يفسخ النكاح^(٢) ، وبالله التوفيق .

(١) تهذيب الطالب لـ ه/ب ، ١/٦ .

(٢) أي إذا كان الصداق منصرفاً .

[الباب الثالث]

في إنكاح الرجل ابنته البكر والثيب وابنه الصغير
ومملوكيه ومن يلي عليه غائباً أو حاضراً
وتزويج اليتيمة قبل البلوغ

[فصل ١ - في تزويج البكر]

قال الله عز وجل حكايةً عن شعيب عليه السلام^(١) : ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ
أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾^(٢) ولم يذكر مشورة^(٣) .
وزوّج النبي صلى الله عليه وسلم ابنتيه لعثمان ولم يستشرهما^(٤) ، وتزوج

- (١) قد اختلف المفسرون في المراد بشعيب على أقوال :
- الأول : أنه شعيب النبي عليه السلام الذي أرسله الله إلى أهل مدين ، وهذا القول هو المشهور عند كثير من العلماء ، والثاني : أنه ابن أخى شعيب ، والثالث : أنه رجل مؤمن من قوم شعيب ، قال ابن جرير الطبري : الصواب أن هذا لا يدرك إلا بخبره ولا خير بحسب به الحجة في ذلك .
- وقال ابن كثير : من الملقب بكونه ليس بشعيب أنه لو كان يراه لأوشك أن يتصّ عى اسمه في القرآن ههنا .
- انظر : تفسير القرآن العظيم ، تأليف الحافظ عماد الدين إسماعيل بن كثير الدمشقي (بيروت : دار المعرفة ، ط/بدون ، ١٤٠٣هـ) ٣/٣٨٤، ٣٨٥ .
- (٢) سورة القصص : آية ٢٧ .
- (٣) انظر : النوادر والزيادات ل ٢١٣/أ .
- (٤) ورد هذا الحديث في المدونة من رواية ابن وهب قال : أخبرني السري بن يحيى عن الحسن البصري أنه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ... الحديث ١٥٧/٢ .
- وهو ضعيفٌ بسبب إرسال الحسن .
- وقد كان فعله صلى الله عليه وسلم في تزويج بناته خلاف ذلك فكان إذا عخطب إليه بعض بناته أتى الحدّ فقال : "بن رجلاً أو إن فلاناً يعطى فلانة" فإن طعن في الحدّ لم ينكحها وإن لم تطعن في الحدّ أنكحها . -

عائشة رضي الله عنها وهي بنت سبع سنين ، وقيل : بنت ست سنين ودخل بها بنت تسع^(١) .

قال بعض البغداديين : ويستحب له^(٢) استئذانها ، لقوله صلى الله عليه وسلم "شاؤروا النساء في أبضاعهن"^(٣) ، ولأن ذلك أطيب لقلبها من غير ضرر يلحقه به .
وقيل : إنه ربما كان بها عيبٌ لم يعلم به ولو علمه لم يزوجه ، فإذا استأذنها أعلمته به فتحرز منه .
وعنه في المنسنة^(٤) روايتان : إحداهما : بقاء الإجماع عليها ، والثانية : زواله .

فوجه بقائه : اعتباراً بغير المنسنة لعلّة البكارة ، ووجه زواله : أن المعنى الموجب للإجماع في الصغيرة التي لم تنس قلة خبرتها بالأمور ، وعدم معرفتها بمصالحها ، وذلك متنف في المنسنة لبروز وجهها ومعرفتها بمصالحها ، فقام ذلك مقام الثبوت في رفع الإجماع عنها^(٥) .

- وقد روي بالفاظ متعددة ، أخرجه عبد الرزاق ، باب استثمار النساء في أبضاعهن ١٤٤/٦ رقم (١٠٢٨٩) ، (١٠٢٩٠) ، وسعيد منصور ، باب ما جاء في استثمار البكر والثيب ١٥٥/١ رقم (٥٦٢) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب إذن البكر الصمات وإذن الثيب الكلام ١٩٩/٧ رقم (١٣٧٠٩، ١٣٧٠٨، ١٣٧٠٧) .

(١) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب إنكاح الرجل ولده الصغار ١٣٤/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب تزويج الأب البكر الصغيرة ١٠٣٨/٢ رقم (١٤٢٢) .

(٢) أي لولي المرأة ، والولي في النكاح عرفه ابن عرفة بأنه : من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام . شرح حدود ابن عرفة ٢٤١/١ . ولعل المراد به هنا الأب .

(٣) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب إذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام ١٩٩/٧ رقم (١٣٧٠٦) بلفظ "في أنفسهن" ، ورقم (١٣٧٠٥) بلفظ "أمروا النساء في أنفسهن" ، والنسائي ، كتاب النكاح ، باب إذن البكر ٦٤/٦ رقم (٣٢٦٦) بلفظ "استأمروا النساء في أبضاعهن" ، وأخرجه الحاكم ، كتاب النكاح ١٨١/٢ رقم (٢٧٠٣) بلفظ "لأنكحوا النساء حتى تستأمروهن" وصححه روافقه الذهبي .

(٤) المنسنة : هي التي قد علت يسته ، وبرز وجهها وخبرت الأمور . انظر : المعونة ٧١٩/٢ .

(٥) للمصدر نفسه ٧٢٠، ٧١٩/٢ .

فصل : [٢ - في تزويج الثيب]

وقال صلى الله عليه وسلم : "الأيم أحق بنفسها من وليها" ، وروي :
"الثيب مُفسراً" (١) .

وقوله : "ليس للولي مع الثيب أمر" (٢) .
وقال صلى الله عليه وسلم : "البكر تُستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها" (٣) .
قال مالك : وذلك عندنا في البكر البتيمة (٤) ، وكذلك هو مفسر في رواية
ابن وهب (٥) : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "اليتيمة تُستأمر في نفسها ، فإن

(١) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، بسماب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت
١٠٣٧/٢ رقم (١٤٢١) .

قال ابن الجوزي : قوله : "الأيم أحق بنفسها" أراد : الثيب خاصة . غريب الحديث ٤٩/١ .
(٢) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح . باب في الثيب ٥٧٩، ٥٧٨/٢ رقم (٢١٠٠) ، والنسائي ،
كتاب النكاح ، باب استئذان البكر في نفسها ٦٢/٦ رقم (٣٢٦٣) ، وابن حبان في صحيحه
نظر : الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ، ترتيب الأمير علاء الدين علي بن بليان الفارسي ،
ضبط كمال يوسف الخوت (بهرت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٧هـ) ،
كتاب النكاح ، باب الولي ١٥٦/٦ رقم (٤٠٧٧) ، والدارقطني ، كتاب النكاح ٢٣٩/٣
رقم (٦٧، ٦٦) .

قال ابن حجر : رواه ثقات ، قاله أبو الفتح القشيري التلخيص الحبير ١٦١/٣ .

(٣) هذا الحديث تنمة لحديث : "الأيم أحق بنفسها من وليها" .

(٤) المدونة ١٥٨/٢ .

(٥) هو أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي مولاهم المصري ، الإمام الجامع بين الفقه
والحديث ، ثقة ، حافظ ، حجة ، كان من أوعية العلم ومن كنوز العمل ، له تأليف حمسة
منها : سماعه من مالك ، وموطؤه الكبير ، وموطؤه الصغير ، وجامعه الكبير ، توفي بمصر سنة
١٩٧هـ .

انظر : الطبقات ٣٥٩/٧ ، ترتيب المدارك ٤٢١/١ ، سير أعلام النبلاء ١٤٠/٨ ، شجرة النور
ص ٥٨ .

سكت / فهو إذن ، وإن أبت فلاجواز عليها^(١) .

ابن وهب : وجاء عن عمر بن عبد العزيز وابن شهاب^(٢) : أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : "كل يتيمة تستأمر في نفسها فما أنكرت لم يجز عليها ، وماصمت عنه وأقرت عليه جاز عليها وذلك إذن^(٣) .

قال إسماعيل القاضي^(٤) : الأيّم التي لازوج لها ، بالغاً كانت أو غير بالغ ، بكرة كانت أو ثيباً ، ولو كان كما توهم قوم أنها الثيب خاصة لكانت الثيب أحقّ بنفسها من وليها ، والبكر ليست بأحقّ بنفسها من وليها ، ولكن الاستمرار إن هو عسى التعريب لأعلى الإيجاب ، وإن في الحديث^(٥) معنيان : أحدهما : أن الأيامي

(١) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في الاستمرار ٥٧٤، ٥٧٣/٢ رقم (٢٠٩٣) ،

والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إكرام اليتيمة على التزويج ٤١٨، ٤١٧/٣ رقم

(١١٠٩) وقال : حديث حسن ، وابن حبان ، كتاب النكاح ، باب الولي ١٥٣/٦ رقم

(٤٠٦٧) ، والحاكم ، كتاب النكاح ١٨١، ١٨٠/٢ رقم (٢٧٠٢) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبد الله بن عبد الله الأصغر بن شهاب الزهري المدني ، نزيل

الشم ، تابعي مشهور ، سمع من سهل بن سعد وأنس بن مالك وخلق ، كان ثقة كثير العلم

والرواية فقيهاً جامعاً ، توفي سنة ١٢٤هـ .

انظر : الطبقات ٣٤٨/٥ ، سير أعلام النبلاء ١٣٣/٦ ، الشذرات ١٦٢/١ .

(٣) أخرجه في المدونة ١٥٩/٢ ، وفي سنده مجهولون ، وأخرجه عبد الرزاق ، كتاب النكاح ،

باب استمرار اليتيمة في نفسها ١٤٤/٦ رقم (١٠٢٩٥) ، وابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، في

اليتيمة تستأمر في نفسها ٤٤٦/٣ رقم (١٥٩٧٦) بلفظ : "تستأمر اليتيمة في نفسها فصمتها

إقرارها" . والحديث مرسل ، ويشهد له الحديث السابق .

(٤) هو القاضي أبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل بن حماد بن زيد الجهمي الأزدي

قاضي بغداد ، كان إماماً فقيهاً مجتهداً حافظاً معروفاً في طبقات القراء وأئمة اللغة ، له تأليف

كثيرة منها : موطؤه ، وأحكام القرآن ، والمبسوط في الفقه ، وشواهد الموطأ ، وكتاب

الأصول ، توفي فجأة سنة ٢٨٢هـ .

انظر : ترتيب المدارك ١٦٨/٢ ، سير أعلام النبلاء ٦٥٣/١٠ ، الديباج ٢٨٢/١ ، شجرة

النور ص ٦٥ .

(٥) أي حديث : "الأيّم أحقّ بنفسها من وليها" .

أحق بأنفسهن ، والمعنى الآخر : تعليم كيف تستأذن البكر منهن ، وأن إذهنها صماتها ، لأنها تستحي أن تجيب بلسانها^(١) .

[فصل ٣ — فيمن له حق الإجماع في النكاح]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا ردت المرأة الرجال رجلاً بعد رجل لم تحجر على النكاح ، ولا يُجبر أحدٌ أحداً على النكاح إلا الأب في ابنته البكر ، وفي ابنه الصغير ، وفي أمته ، وفي عبده ، والولي في يتيمة - يريد الوصي .
قال مالك : ولا يزوج البكر [اليتيمة]^(٢) وليها وإن كانت سفيةً إلا برضاها ، للحديث^(٣) .

قال ابن القاسم : ومن زوج ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها جاز إن كان على وجه النظر^(٤) ، وقد أتت امرأة مطلقاً إلى مالك فقالت له : إن لي ابنة في حجري موسرة مرغوبةً فيها ، وقد أُصدقتُ صداقاً كثيراً ، وأراد أبوها^(٥) أن يزوجه من ابن أخ له فقير؟ فقال لها مالك : إني لأرى لك في هذا متكلماً .
قال ابن القاسم : وأنا أرى أن نكاح الأب إياها جائزٌ إلا أن يأتي من ذلك ضررٌ فيمنع .

قال سحنون : الضرر في البدن من اجتنون أو غير ذلك ، فأما الفقر فلا ، وتزويجه جائز^(٦) .

(١) انظر : تهذيب الطالب لـ ٦/ب ، ٧/أ .

(٢) من تهذيب المدونة .

(٣) أي قوله عليه الصلاة والسلام : "اليتيمة تستأمر في نفسها" الحديث . سبق تحريجه ص ٢٣ .

(٤) أي مراعاة الأصلح في حق الصغيرة .

(٥) "أبوها" ليست في أ .

(٦) انظر : المدونة ٢/١٥٥ ، تهذيب المدونة ص ٧٩ .

فصل [٤- في تزويج الأب ابنته المطلقة أو التي مات عنها زوجها]

قال مالك : ومن زوج ابنته البكر فطلقها الزوج قبل البناء ، أو مات عنها فلائيها أن يزوجه كما يزوج البكر .

قال مالك : فإن بنى بها الزوج ثم طلقها أو مات عنها فهي أحق بنفسها^(١) .

قال ابن القاسم : وتسكن^(٢) حيث شاءت إلا أن يخاف عليها الضيعة والمراضع السوء ، ويخاف عليها الفضيحة من نفسها وهواها فيكون للأب أو للولي أن يمنعها من ذلك^(٣) .

ومن كتاب الخلع قال : ولو رجعت هذه الثيب إلى الأب قبل بلوغها فهـ .
نكاحها كالبر ، لأن النفقة ترجع على الأب لها^(٤) .

قال ابن المواز : ولأن الذي أثبت ولاية أيها الصغر والبكرية ، فإذا سقط سبب البكرية بقي ولاية الصغر ، فإذا ذهب الصغر انقطع بقية سبيله عليها ، لأنها قد افتضت^(٥) بنكاح وبغت المحيض .

وكذلك عن ابن القاسم وأشهب : أن الأب يزوجه إذا رجعت إليه ثيباً ما لم تحض .

وقال سحنون : يزوجه بغير رضاها وإن حاضت^(٦) .

قال الشيخ : ووجه هذا : أنها صغيرة .

مالك : للأب إجبارها على النكاح ، فلايزيله من يده بلوغها أصه البكر ،

ولأنها رجعت إليه وملك منها ما كان يملكه / قبل الدخول ، وصارت كمن دخل بها ، فلايزيل ما بيده منها البلوغ ، كالتى لم يتدخل بها^(٧) .

(١) انظر : المدونة ٢/١٥٥ ، تهذيب المدونة ص ٧٩ .

(٢) أي البكر المطلقة أو التي مات عنها زوجها .

(٣) انظر : المدونة ٢/١٥٥ ، تهذيب المدونة ص ٧٩ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٦٦ .

(٥) أي أزيلت بكارتها .

(٦) ويتفق عليها ، انظر : الترادف والزيادات لـ ٢١٣/ب .

(٧) انظر : للمعونة ٢/٧٢١ .

ومن النكاح قال مالك : وإذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء ، وليس لأبيه منعه .

قال ابن القاسم : إلا أن يخاف من ناحيته سفهاً فله منعه^(١) .

[فصل ٥ — في تزويج الأب ابنته التي زنت والتي زوجت تزويجاً حراماً]

قال : وإذا زنت البكر فحُذَّت أو لم تُحْد فلأبيها أن يزوجه كما يزوج البكر .

وإن زوجها تزويجاً حراماً ثم بنى بها الزوج وجامعها ثم طلقها أو مات عنها بالقرب لم يكن لأبيها أن يزوجه كما يزوج البكر ؛ لأنه نكاحٌ يلحق فيه الولد ، ويُدرأ فيه الحد^(٢) .

قال مالك : وتعتد منه في بيت زوجها الذي كانت تسكن فيه^(٣) .
قال ابن القاسم : فجعل العدة فيه كالعدة في النكاح الحلال ، فهذا يدلُّ أنه خلاف الزنا في تزويج الأب إياها^(٤) .

قال عبد الوهاب : لأن رفع الإجماع بالثبوت هو لزوال الحياء والانقباض^(٥) الذي يكون في البكر ، وهذا متنفٍ في المزنَى بها أو المغصوبة ؛ لأن الحياء يغلب عليها أشدُّ من غلبته على البكر ، لقبيح مَارَكَبَتِهِ أو رُكَبَ مِنْهَا ، وللعار الذي لحقها ويزهد في مثلها ، فوجب بقاء الإجماع عليها ؛ ولأن ذلك لما لم يرفع عنها ولاية المال فكذلك لا يرفع إجماع النكاح^(٦) .

(١) انظر : المدونة ١٥٧/٢ .

(٢)، (٣)، (٤) انظر : المصدر نفسه ١٥٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ٧٩ .

(٥) "والانقباض" ليست في أ .

(٦) انظر : المعونة ٧٢١/٢ .

(١) قال الشيخ : وليس ما يرفع إجبار النكاح يرفع ولاية المال (٢) .
 وقال ابن حارث الأندلسي (٣) : إن محمد بن عبد الحكم (٤) قال : لا يزوجها
 أبوها إلا برضاها كالثيب (٥) .
 قال عبد الوهاب : وألزم في مجلس النظر بمحضرة ولي العهد أنه إذا كانت
 العلة في المنزني بها الحياء فإذا تكرر منها الزنا فقد ارتفع حياؤها وزالت علة الإجمار
 ولم يكن لأبيها أن يزوجها إلا برضاها ، فالتزمت ذلك للمخالف وبالله التوفيق (٦) .

(١) ساقط من أ .

(٢) يظهر أن هذا التعليق من المؤلف رحمه الله لئلا يفهم من كلام القاضي أن ما يرفع الإجمار عسى

النكاح يرفع ولايتها على المال ، بل تكون الولاية على مالها باقية حتى يعرف رشدنا .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن حارث بن أسد الحشني المقرئ ثم الأندلسي ، الفقيه الحافظ الإمام

العالم المؤرخ ، له تأليف حسنة منها : كتاب الاتفاق والاختلاف في مذهب مالك ، وكتاب

علماء إفريقية ، وكتاب تاريخ قضاة الأندلس ، وكتاب الفتيا ، توفي بقرطبة سنة ٣٦١ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٥٣١/٢ ، معالم الإيمان ٨١/٣ ، شجرة النور ص ٩٤ .

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم ، كان من العلماء الفقهاء ، إليه انتهت الرئاسة

والفتيا بمصر ، سمع من عبد الرحمن بن زياد ومالك وحيوة بن شريح وغيرهم ، له تأليف كثيرة

منها : كتاب أحكام القرآن ، وكتاب الوثائق والشروط ، وكتاب الرد على الشافعي ،

وكتاب آداب القضاة ، توفي سنة ٢٦٨ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٦٢/٢ ، الدياج ١٦٣/٢ ، شجرة النور ص ٦٧ .

(٥)، (٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٧/أ .

[فصل ٦ - في تزويج الأب من فارقها زوجها بعد إقامتها معه وقبل المسيس]

ومن المدونة : قال مالك : ومن زوج ابنته البكر فدخل بها ، ثم فارقها قبل أن يمسيها ، فإن طالت إقامتها مع زوجها وشهدت مشاهد النساء فلا يزوجه أبوها إلا برضاها ، وأرى السنة طول إقامة ، وإن كان أمراً قريباً فله أن يزوجه^(١) .
قال ابن القاسم في المستخرجة : وإن فارقها بعد ستة أشهر فليؤامرها الأب إن زوجها ، فإن لم يؤامرها فالتكاح جائز^(٢) .

قال مالك : وإن فارقها بعد شهرين فلا يؤامرها^(٣) .
قال عبد الوهاب : إنما ذلك ؛ لأن عودتها إلى الأب إذا كان عن قرب فكأنها على الحال التي كانت عليها عنده من الحياء وقصة خبرتها بالأمر ، وقلة معرفتها بمصالحها ، فهي كالتي لم يدخل بها ، وإذا طال أمرها طويلاً تخبر به مواضع حظوظها ، وتعرف مصالحها ، ورز وجهها فقد صارت كالتيب ، فانقطع الإجماع عنها .

قال : وفي حدّ الطول روايتان :
إحداهما : سنة ، والأخرى : لاحدّ فيه أكثر من العرف .
فوجه السنة : أنها مدة جعلت في الشرع حدّاً لأمر منها العنة^(٤) ، وفي

- (١) انظر : المدونة ١٥٦/٢ ؛ تهذيب المدونة ص ٧٩ .
وقد ذكر ابن رشد قولاً ثالثاً بعد تفصيلاً في المسألة بحيث يُحمل كل واحد من القولين على حال فقال : وقيل : حكمها حكم التيب في أنها لا تزوج إلا برضاها ، وحكم البكر في أن إذنها صحتها . المقدمات المعهدة ٤٧٧/١ .
(٢) العتية مع البيان والتحصيل ٢٩٤/٤ .
(٣) انظر : المصدر نفسه ٤٣٧/٤ ، ٤٣٨ .
(٤) العنّ : هو الذي لا يقدر على إتيان النساء أو لا يشتهي النساء .
انظر : المصباح المنير ص ٤٣٣ .
فالعنّ إن نكح ثم رافعه امرأته فإنه يؤجل سنة ، وميأتي ذكر ذلك بالتفصيل في الباب الثالث والعشرين .

الأدواء الثلاثة في عَهْدَةِ الرقيق^(١) ، وانقطاع الشُّفْعَةِ^(٢) بعد العام ، فكذلك هاهنا .
 ووجه نفي التحديد أن كلَّ أمرٍ احتيج فيه إلى اختبارٍ وتَعَرُّفٍ حالٍ ولم يرد فيه توقيفٌ بتحديد مدةٍ وجب الرجوع فيه إلى العرف^(٣) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك إن زوجها أبوها وهي بكرٌ فدخل بها زوجها ثم مات عنها ، أو طلقها فقالت الجارية : / ما جامعي ، وقد كان الزوج أقرَّ بجماعها ، فإن كانت إقامته معها أمراً قريباً جاز إنكاح الأب عليها ؛ لأنها تقول : أنا بكر ، وتَقَرُّ بأن صُنِعَ الأب جائرٌ عليها ، ولا يضرها ما قال الزوج من وطنه إياها ، وإن طالت إقامتها معه فلا يزوجها أبوها إلا برضاها ، أَقَرَّتْ بالوطء أو لم تُقَرَّ^(٤) .

(١) الْعَهْدَةُ : هي تعلق ضمان المبيع من كل حادثٍ أو من حادثٍ مخصصٍ في زمنٍ محدودٍ .
 قال النفراوي : وهي جائزةٌ معمولٌ بها في الرقيق فقط ، لأن له قدرةً على التحيلِ بِكُمْ بعض عيوبه دون غيره . الفواكه الدواني ١٠٥/٢ .

والأدواء الثلاثة هي : الجنون والجذام والبرص ، وتسمى العهدة من هذه الثلاثة عَهْدَةً لسنة ، فكل ما ظهر في هذه المدة من هذه الأدواء فهو من البائع .
 انظر : الرسالة ص ٢١٦ ، المتنفى ١٧٥/٤ .

(٢) الشُّفْعَةُ لغة : مشتقةٌ من الشفع وهو خلاف الرتر ، وهو الزوج ، وقيل : مشتقة من الزيادة ، لأن الشفيع يضمُّ المبيع إلى ملكه فيشفعه به كأنه كان واحداً وترّاً فصار زوجاً شفعاً .
 انظر : اللسان ، مادة (شفع) .

وشرعاً : استحقاق شريكٍ أخذ مبيع شريكه بشمته .
 شرح حدود ابن عرفة ٤٧٤/٢ .

(٣) انظر : المعونة ٧٢١/٢ ، ٧٢٢ .

(٤) انظر : المدونة ١٥٦/٢ ، ١٥٧ ، تهذيب المدونة ص ٧٩ .

فصل : [٧ — في سكوت البكر والثيب عند استئذانهما في النكاح]

قال مالك : وإذا قال للبكر وليها : إني مزوجك من فلان ، فسكت فذلك رضى منها^(١) .

قال غيره^(٢) : إذا كانت تعلم أن السكوت رضى^(٣) .

قال مالك : وإذا سككت فذهب الولي فزوجها من ذلك الرجل ، ثم أنكرت ، لزمها النكاح ، ولم ينفعها إنكارها بعد سكوتها^(٤) .

قال الشيخ : لقوله صلى الله عليه وسلم : " فإن سككت فهو إذن^(٥) " .

قال مالك : وأما الثيب إذا قال لها أبوها أو وليها : إني مزوجك من فلان ، فسكت ، فلا يكون سكوتها إذن^(٦) ولا رضى إلا أن تتكلم وتستخلف الولي على إنكاحها^(٦) .

قال عبد الوهاب : وإنما خُصَّت البكر بالصمات لقوله عليه الصلاة والسلام في البكر : " إذن^(٧) صماتها " ؛ ولأن الحياء يغلب عليها لئلا تُسبَّ متى نطقت إلى الشهرة والميل إلى الرجال فيكون ذلك مُزهداً فيها ، وأما الثيب فللقوله صلى الله

(١) انظر : المدونة ١٥٦/٢ ، ١٥٧ ، تهذيب المدونة ص ٧٩ .

(٢) أي غير ابن القاسم من رواية مالك كما يفهم من المدونة .

(٣) ، (٤) انظر : المدونة ١٥٧/٢ .

وعلم البكر بأن إذن^(٧) صماتها مما استحبه مالك ، قال الباغي : وقد استحبه مالك من رواية ابن الماجشون أن تعلم البكر أن إذن^(٧) صماتها لئلا تجهل ذلك فتصمت في الكراهية .

المنتقى ٢٦٧/٣ .

وذكر القاضي عبد الوهاب ذلك وبين أنه ليس شرطاً في صحة الإذن كما سيأتي قريباً .

(٥) سبق تخريجه ص ٢٣ .

(٦) انظر : المدونة ١٥٧/٢ .

(٧) سبق تخريجه ص ٢٣ .

عليه وسلم : "الثيب تُعْرَبُ عَنْ نَفْسِهَا"^(١) ؛ ولأن الثيب قد زال عنها الحياء بمرور وجهها ومعرفتها بما يُراد منها^(٢) .

قال : وينبغي أن تعلم البكر إذا صمتت أن ذلك إذنٌ منها احتياطاً لجواز أن تظن أن ذلك ليس بإذن ، وليس ذلك بشرطٍ في صحة الإذن^(٣) .

ومن المدونة : قال مالك : وليست المشورة بلازمةٍ للأب في الأبكار ، وروى ابن وهب أن النبي عليه الصلاة والسلام زوج عثمان ابنتيه ولم يستشرهما^(٤) .

قال مالك : ويلغني أن القاسم بن محمد^(٥) وسالم^(٦) كانا يُنكِحَان بناتهما الأبكار ولا يستأمرانهن^(٧) .

قال مالك : وذلك الأمر عندنا في الأبكار^(٨) .

(١) أخرجه ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب استثمار البكر والثيب ٦٠٢/١ رقم (١٨٧٢) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب إذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام ١٩٩/٧ رقم (١٣٧٠٦، ١٣٧٠٥) ، والحديث حسن يشهد له حديث : "الثيب أحق بنفسها من وليها" .

(٢)، (٣) انظر : المعونة ٧٢٥/٢ ، ٧٢٦ .

(٤) سبق تخريجه ص ٢١ .

(٥) هو القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، الإمام ، القدوة ، الحافظ ، الحجة ، عالم وقته مع سالم وعكرمة ، وُلِدَ في خلافة علي ، ورَبِّيَ في حجر عَمَّتِه أم المؤمنين عائشة ، ونفق منها وأكثر عنها ، توفي سنة ١٠٨ هـ .

انظر : الطبقات ١٤٢/٥ ، سير أعلام النبلاء ٥٣٤/٥ .

(٦) وهو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب .

(٧) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب استئذان البكر والأيم في نفسها ٤١٥/٢ رقم (٦) .

(٨) انظر : المدونة ١٥٨/٢ .

فصل : [٨ - في تزويج الأخ أخته بغير أمرها]

قال ابن القاسم : ومن زوج أخته البكر أو الثيب بغير أمرها فبلغها ذلك فرضيت ، فبلغني أن مالكا قال مرة : إن كانت بغير البلد أو فيه فتأخر إعلامها لم يجز ، وإن قرب جاز^(١) .

قال سحنون في المستخرجة : إن كانت عن البلد غائبة مثل البريد^(٢) واليوم وشبهه ، والقنزم^(٣) من مصر وبينهما يومان فهو قريب إذا أرسل إليها في فور ذلك فأجازت ، فأما مثل الاسكندرية^(٤) وأسوان^(٥) فلا يجوز وإن أجازت ، وقاله أصبغ^(٦) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وسألنا مالكا ونزلت بالمدينة في رجل زوج أخته فقالت حين بلغها : ما وكت ولا أرضى ، ثم كُلمت في ذلك فرضيت؟ فقال لا يجوز هذا النكاح ، ولا يُقام عليه حتى يأتفقا نكاحاً جديداً^{(٧) (٨)} . /

[٤٧]

- (١) انظر : المصدر نفسه ١٥٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٧٩ .
- (٢) البريد : هو الرسول ، ثم استعمل في المسافة التي يقطعها وهي اثنا عشر ميلاً ، وجمعه برود بضمير .
- (٣) انظر : المصباح المنير ص ٤٣ .
- (٤) القنزم : مدينة قديمة بمصر كانت مبنية على شفير البحر ، ينتهي هذا البحر إليها ثم ينعطف إلى ناحية بلاد البحّة .
- (٥) انظر : معجم البلدان ، تأليف شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت الحموي (بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٥ م) ٣٨٨/٤ .
- (٦) الاسكندرية : مدينة قديمة بمصر على ساحل البحر الأبيض ، فتحت سنة ٢٠ هـ في خلافة عمر رضي الله عنه على يد عمرو بن العاص رضي الله عنه بعد قتال وممانعة ، وقد اختلف في أول من أنشأها اختلافاً كثيراً .
- (٧) انظر : المصدر نفسه ١٨٢/١ .
- (٨) أسوان : مدينة كبيرة في آخر صعيد مصر ، وأول بلاد النوبة على النيل في شرقيه .
- انظر : المصدر نفسه ١٩١/١ .
- (٩) انظر : العنينة مع البيان والتحصيل ٢٦٨/٤ ، النوادر والزيادات ن ٢٢٣/ب ، ٢٢٤/أ .
- (١٠) "يأتفقا نكاحاً جديداً" مكانها بياض في ب .
- (١١) انظر : المدونة ١٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٧٩ ، ٨٠ .

قال في كتاب ابن المواز : إذا علمت فأنكرت ، ثم أحازت لم يجرز النكاح ولم يُقرأ عليه .

قيل لمالك : فإن قالت حين بلغها : ما وُكِّلته ولم أرض ، ثم أقرت بعد ذلك بوكالته ، وبأنها كانت راضية وهي وُكِّلته؟
فقال مالك : لا يجوز ولا يثبت إلا بنكاحٍ جديد^(١) .

[فصل ٩ - في تزويج الأب ابنه الكبير وابنته الشيب وهما غائبان]

ومن المدونة : قال مالك : ومن زوج ابنه الكبير المنقطع عنه أو ابنته الشيب وهما غائبان ، فرضيا بفعل أبيهما لم يجرز النكاح ؛ لأنهما لو ماتا لا يتوارثان^(٢) .

قيل لابن المواز : فيفسخ النكاح قبل أن يعلما؟

قال : إن كان ذلك عن قُرْب لم يفسخ حتى يعلما فيجيزا أو يَرُدَّا ، وإن كان على بُعْدٍ فَيُسْخَرُ مكانه إذا علم أنه أَفْتِيَتْ^(٣) عليهما بغير علمهما .

قال ابن المواز : وأحب إلينا في الابن الكبير البائن [عنه]^(٤) ألا يفسخ بعد البناء إذا رضي حين بلغه ، وقاله ابن القاسم .

وقال أيضاً أصبغ : إنما يومران قبل البناء بالفسخ بغير حكم للاختلاف فيه^(٥) - يريد: في البعيد الغيبة .

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٦٧/٤ .

(٢) انظر : المدونة ١٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

(٣) الافتئات : مشتق من قَاتَ ، وهو سبق إلى الشيء ، يُقال : افتأت يأمره وبرأيه أي : استبدَّ به ولم يستشر من له الرأي فيه .

معجم لغة الفقهاء ، تأليف محمد رواس قلعه جي ، وحامد صادق قنبي (بيروت : دار النفائس الطبعة الثانية ، ١٤٠٨ هـ) ص ٨٠ .

(٤) من النوادر .

(٥) النوادر والزيادات ل ١/٢٢٤ .

قال ابن القاسم : قال مالك : فأما إذا قال الخاطب : هو أمرني بذلك ، أو هي أمرتني ، ثم قال المتزوج منهما الحاضر : لا حاجة لي بنكاح من إذا قدم كإني عني بالخيار ، لم يكن ذلك له حتى يقدم الغائب ، فإن أقر لزمه ، وإن أنكر لم يقبل منه إنكاره بتوكيله من زوجه حتى يحلف أنه مأموره ولابعثه ، وإذا حلف سقط عنه النكاح .

قال الشيخ : ظاهره أنه إن نكل لزمه النكاح . -

وذكر ابن حبيب : إنه إن لم يحلف لم يلزمه النكاح بنكوله .

وذكر عن غير واحد من أصحاب مالك : أنه لا يمين في ذلك .

ابن المواز : قيل : فإن أقر الرسول بعد العقد بأن ذلك بغير أمر الغائب؟

قال : إذا كان ذلك بعد النكاح لم يقبل قوله حتى يثبت ذلك بأمرٍ لا شك

فيه ، أو يقدم الغائب فيحلف^(١) .

[فصل ١٠ - في تزويج اليتيمة قبل البلوغ]

ومن المدونة : قال مالك : ولا تتزوج اليتيمة التي مَوَّلَى عليها^(٢) حتى تبلغ

وتأذن في ذلك ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باستئذان اليتيمة^(٣) ، ولا إذن إلا للبالغة^(٤) .

(١) انظر : المصدر نفسه ل ٢٢٣/ب .

(٢) المولى عليه : هو الذي عليه الولاية ، يقال منه : مولى عليه ومولى عليه فهو مولى كموصى .

انظر : غرر المقالة في شرح غريب الرسالة ، تأليف أبي عبد الله محمد بن منصور بن حماد المغراوي ، تحقيق الهادي محمد ومحمد أبو الأحقان (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ) مطبوع بهامش الرسالة لابن أبي زيد ص ٢٢٦ .

(٣) أي في قوله صلى الله عليه وسلم : "اليتيمة تستأمر في نفسها" الحديث .

وقد سبق تخريجه ص ٢٣ .

(٤) انظر : المدونة ١٥٩/٢ ، تهذيب المدونة - ص ٨٠ .

قال ابن المراز : وكذلك وصيُّ أبيها لا يزوجه حتى تبلغ ويشاورها .
قال : ولو رضيت في الصغر فزوجت ما كان ذلك تزويجاً ، ويفسخ إلا أن
يتقدم ذلك بعد الدخول فيقرأ عليه .

- قال الشيخ : يريد وإن كرهت - .

قال ابن القاسم : فإذا لم يدخل فإنه يفسخ أبداً وإن طال ورضيت .

وسئل عن التي بنى بها وقد ولدت؟

فقال : منذُ كم بنى بها؟

قال : منذ ثمانية عشر شهراً .

قال : أرى أن يفسخ .

قيل : فاليتيمة تبلغ حد الوطء وهي محتاجة فتخطب وتبلغ النكاح؟

قال : لا يزوجه وصيُّ ولاوليُّ حتى تبلغ المحيض .

قيل لابن القاسم : فإن قاربت وأشعرت؟

قال : إذا جرت عليها المَوَاسِي^(١) وشارفت الحيض فَلْيُنكِحْهَا وصيها برضاها

فإن لم يكن وصيها فوليها برضاها ، وقاله أصبغ ، ثم رجع أصبغ ، فأباه حتى تبلغ
سنّاً لا يبلغه أحدٌ إلا حاض ، فإن زوّجت قبل ذلك فسوخ .

قال ابن المراز : وأحب إلي ألا يفسخ إذا زوجت بعد الإشعار^(٢) .

وقد سئل مالك عن صبية من الأعراب صغيرة محتاجة تطوف وتَسْأَلُ ، ولَّتْ
أُمُّهَا رجلاً فزوجه في غنى؟

قال مالك : بنتُ كم هي؟

قيل له : بنت عشر سنين .

(١) المَوَاسِي : جمع مَوْسَى الخُجَام - أي الخَلَّاق - أي قد نبتت عانتها فحلقتها .

انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ، تأليف الجلي ، تحقيق محمد محفوظ (بيروت : دار الغرب
الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٢ هـ) ص ٥٥ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل ٢١٤ / ١ ، ب .

قال : إذا كانت هكذا في حاجة ملحة تتكفف ، / يُعرف ذلك منها ، [٤٨/١]
فلا بأس بذلك إذا رضيت ، ولو كانت صغيرة لم يجر^(١) .

[فصل ١١ - في تزويج اليتيمة بعد البلوغ بغير أمرها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا بلغت اليتيمة فزوجها وليها بغير أمرها
ثم أعلمها بالقرب فرضيت حاز ، ولا يكون سكوتها ها هنا رضئ^(٢) .

قال الشيخ : وإنما لم يجعل سكوتها ها هنا رضئ لتعديده في العقد عليها قبل
إعلامها ، فزال الحياء عنها الذي أوجب أن يكون صحتها رضئ ، والأول إنما عقد
بعد إعلامها ، فجعل سكوتها رضئ كما جاء في الحديث^(٣) .

قال الشيخ : ولو زوجها بغير أمرها ثم أعلمها بذلك فسكتت ، فأعلمها أن
سكوتها وترك ردها له نطقاً يكون رضئ به ، وأشهد عليها بذلك ، وكل ذلك
هي ساكتة ، كعد ذلك منها رضئ ، ولا كلام لها بعد ذلك . والله أعلم .
ابن المواز : قال أشهب^(٤) عن مالك في امرأة زوجها أحوها ، ثم مات

(١) قال سحنون في العتبية : وهي رواية ضعيفة ، رَحَّلَهَا عَلَى أَنَّ أُمَ الْإِثْنَةِ وَكَلَّتْ مِنْ زَوْجِهَا .

انظر : العتبية مع البياد والتحصيل ٢٨٢/٤ ، النوادر والزبدات ل ٢١٤/ب .

(٢) انظر : للمدونة ١٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

(٣) أي قوله عليه الصلاة والسلام : "اليتيمة تستأمر في نفسها ، فإن سكنت فهو إذنها" .

وقد سبق تخريجه ص ٢٣ .

(٤) هو أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري ، اسمه مسكين ،

وأشهب لقب له ، فقيه مصر ومفتيها ، روى عن الليث بن سعد والفضل بن عياض ومالك
وبه تفقه ، ألف كتبه المدونة رواها عنه سعيد بن حسان وغيره ، وهو كتاب جليل ، وله
كتاب في فضائل عمر بن عبد العزيز ، توفي بمصر سنة ٢٠٤ هـ .

انظر : ترتيب المدرك ٤٤٧/١ ، سير أعلام النبلاء ٣٢٣/٨ ، الدياج ٣٠٥/١ ، شجرة النور

انزوج قبل البناء ، فقال ورثته : لم تكن هي رضيت ، فقال : تُسأل هي الآن ، فإن قالت كنت رضيت ، فذلك لها^(١) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن كانت^(٢) بغير البلد ، أو فيه فتأخر إعلامها لم يجوز وإن رضيت .

قال سحنون : وهذا قول مالك الذي عليه أصحابه . .

قال شريح^(٣) : تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن معصت لم تُنكح ، وإن سكنت فهو إذن^(٤) .

قال سليمان^(٥) : معنى معصت : عبت وقطبت^(٦) .

(١) النوادر والزيادات ل ٢٢٣/ب .

(٢) أي اليتيمة .

(٣) هو أبو أمية شريح بن احارث بن قيس الكندي ، ولي قضاء الكوفة لعمر فمّن بعده ستين سنة ، كان فقيهاً نبيهاً شاعراً قائماً ، له دُرّة في القضاء باللغة ، توفي بالكوفة سنة ٧٨ هـ وقيل ٨٠ هـ .
انظر : الطبقات ١٨٢/٦ ، سير أعلام النبلاء ١٣٠/٥ ، شذرات الذهب ٨٥/١ .

(٤) انظر : المدونة ١٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

(٥) لعله أبو الربيع سليمان بن سالم القطان ، المعروف بابن الكحلّالة ، الفقيه العالم الفاضل ، القاضي العادل ، ولي قضاء بجة ثم صقبة . ألف في الفقه الكتاب المعروف بالسليمانية ، توفي بصقبة سنة ٢٨٩ هـ ، وقيل ٢٨٢ هـ .

انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص ٢٠١ ، ترتيب المدارك ٢٣٣/٢ ، الديباج ٣٧٤/١ ، شجرة النور ص ٧١ .

(٦) وفي اللسان : معصت : أي شق عليها . نظره ، مادة (معصّر) .

[الباب الرابع]

في وضع الأب بعض الصداق ، وفي دفعه إليه

[فصل ١ — في وضع الأب بعض الصداق]

قال الله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ أَوْ يَعْفوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(١) ، قال مالك رحمه الله : فإذا زوج الأب ابنته البكر ثم طلقها الزوج قبل البناء فلا يبيها أن يعفو عن نصف الصداق الذي لها ، وكذلك فيما يرى موقعه من القرآن ، له أن يعفو عنه ، ولا يجوز ذلك لغيره من وصيٍّ أو غيره ، فأما قبل الطلاق فلا يجوز لأب أن يضع من صداقها شيئاً^(٢) .

قال ابن القاسم : إلا أن يفعل ذلك الأب على وجه النظر ، مثل أن يُعسر الزوج عن المهر فيحقق عنه وَيَنْظِرَهُ فيجوز ذلك ، فأما أن يضع عنه لغير طلاق ولا وجه نظير لها فلا يجوز ، وقد قال الله تعالى : ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(١) وهو الأب في ابنته البكر ، والسيد في أُمته ، وقوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ﴾^(٣) هي المرأة الثيب ، وقال ذلك ابن عباس^(٤) وربيعه^(٥) وغيرهم^(٦) .

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٢) انظر : المدونة ١٥٩/٢ ، ١٦٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

(٣) ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ﴾ ليست في أ .

(٤) أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب من قال الذي بيده عقدة النكاح ٤١١/٧ رقم (١٤٤٥٧) .

(٥) هو أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن فرُّوخ القرشي التيمي ، مولى آل المنكدر ، اشتهر بربيعة الرأي ، كان فقيهاً ، إماماً من أئمة الاجتهاد ، روى عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وعطاء بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وغيرهم ، توفي بالمدينة سنة ١٣٦ هـ .

انظر : الطبقات ٤١٦/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣١٩/٦ ، شذرات الذهب ١٩٤/١ .

(٦) كمحمد بن كعب القرظي وزيد بن أسلم .

انظر : المدونة ١٥٩/٢ ، ١٦٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

قال عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس للأب أن يعفو عن نصف الصداق^(١) ، ودليلاً قوله تعالى : ﴿أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ الزَّكَاحِ﴾ وهو الأب ، ولا يصلح حملها على الزوج ، لأنه ليس بيده بعد الطلاق عَقْدَةُ إِلَّا أَنْ يَضْمَرَ فِيهِ : الَّذِي كُنَ بِيَدِهِ ، وحملها على الأب غير محتاج إلى ذلك ، ولأن الأب وليٌ يملك الإيجاب فجاز له العفو عن صداقها ، أصله السيد في أمته^(٢) .

فصل [٢ - في قبض ولي اليتيمة صداقها وفي دفع الصداق إلى الأب ثم ادعائه تلفه]

ومن المدونة : قال : وإذا زوج البكر اليتيمة وليها بغير أمرها فقبض صداقها لم يجز قبضه عليها ، إلا أن يكون وصياً ، فإن كان وصياً جاز قبضه عليها ، لأنه الناظر لها ، ومالها في يديه^(٣) ، وإن بلغت حتى تنكح ، ويؤنس مع ذلك / منها [ب/٤٨] الرشد والإصلاح لنفسها في مالها .
قال مالك : وإذا زوج الثيب أبوها ثم قبض صداقها بغير إذنها فادعى تلفه ضمنه الأب .

قال ابن القاسم : وإنما ضمنه مالك لأنه كان متعدياً في قبض الصداق ، إذ لم توكفه ابنته على قبضه ، وهذا كدين لها على رجل فقبضه الأب بغير أمرها ، فلا يبرأ الغريم ، والأب ضامن ، ولها أن تتبع الغريم^(٤) .
قال ابن حبيب : إذا قبضه الأب بغير توكيلها على التقاضي ضمنه للزوج ، وإن كان الأب رسولاً للزوج لم يضمن .

-
- (١) وقالوا : المراد بالآية الزوج .
انظر : مختصر الطحاوي ، تأليف أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (بيروت : دار إحياء العلوم ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦ هـ) ص ١٨٦ ، الأم ١٠٩/٥ .
(٢) انظر : المعونة ٧٣٧/٢ .
(٣) في أ "وماله في يديها" .
(٤) انظر : المدونة ١٦٠/٢ ، ١٦١ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

وأما الأب يقبض صداق ابنته البكر ثم يزعم أنه ضاع ، فإن كان قبضه بينة كان ضياعه من الابنة ولا شيء على الزوج ولا الأب ، ويدخل الزوج بها ، وإن قبضه بغير بينة لم يكن للزوج البناء إلا بدفع الصداق إليها ثانية ، ولا شيء للزوج على الأب ، وقاله ابن وهب وأشهب ونحوه لابن المواز^(١) .

قال ابن القاسم في العتبية : إذا أقر الأب بقبضه وضاع منه ولا بينة للزوج على دفعه ، أن الأب مصدق وضياعه منها ، ولا شيء على الزوج^(٢) .

قال الشيخ : وهذا هو القياس ، لأن الأب الذي له قبضه بغير توكيل عليه أقر بقبضه ، فوجب أن يبرأ بذلك الزوج كوكيل البيع الذي له القبض بغير توكيل يقر بقبض الثمن ويدعي تلفه ، أن ذلك يبرئ المشتري ، فكذلك هذا ، وكما لو باع لها سلعة وأقر بقبض ثمنها .

وجه الأولى : فلأن تصديق الأب لقبضه ودعواه تلفه ذريعة إلى إجازة نكاح بغير صداق ، وكما لو وكلته الثيب على قبضه فيدعي قبضه وتلفه ، أن الزوج لا يبرأ إلا ببينة أو لا ترى أن الأب إذا ضمن الصداق لابنته ثم مات عديماً فلا يدخل الزوج إلا بدفعه ، فهذا^(٣) كان أحرى أن يدخل بلاغرم ، لأن الصداق في ذمة غيره ، ولكن من حق الزوجة ألا تسلم سلعتها إلا بقبض^(٤) ثمنها ، وهذا القول أحوط ، وهو جار على مذهب المدونة لما بينا .
وبالله التوفيق^(٥) .

(١) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٢٥/١ ، ب .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٢٠/٥ ، ١٢١ ، النوادر والزيادات لـ ٢٢٥/ب .

(٣) أي الزوج الذي ضمن الأب الصداق عنه لابنته ثم مات عديماً... الخ .

(٤) ساقط من ز .

[الباب الخامس]

في إنكاح الأولياء وتزويج ابنة الغائب أو العاضل^(١)

[فصل ١ - في إنكاح الأولياء]

قال أبو محمد : ولما خاطب الله سبحانه الأولياء فقال : ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ﴾^(٢) ، وقال : ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣) دلّ أن لهم مع النساء إذنًا في أنفسهن .
قال غيره^(٤) : لأن هذه الآية نزلت في شأن معقل بن يسار^(٥) لما عَصَلَ أخته فتُهي عن ذلك^(٦) .

(١) العضل : المنع ، يقال : عَصَلَ المرأة يَعْضُلُ بضم الضاد وكسرها إذا امتنع من تزويجها .
انظر : تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٥١ .

(٢) سورة النور : آية ٣٢ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٢ .

قال ابن العربي عند تفسيره لهذه الآية : نهى الله تعالى أولياء المرأة من منعها عن نكاح من ترضاه ، وهذا دليل قاطع على أن المرأة لاحق لها في مباشرة النكاح ، وإنما هو حق الولي .
أحكام القرآن ، تأليف أبو بكر عماد بن عبد الله ، المعروف بابن العربي ، تحقيق علي عماد البحاري (دار إحياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى ، ١٣٧٦هـ) ٢٠١/١ .

(٤) لعلة ابن حبيب ، لقوله في الواضحة : نهى الله سبحانه وتعالى الأولياء عن العضل وروي أن الآية نزلت في معقل بن يسار . النوادر والزيادات ل ٢١١/ب .

(٥) هو معقل بن يسار بن عبد الله بن معير المزني ، أسلم قبل الحديبية ، وشهد بيعة الرضوان ، سكن البصرة وبنى بها داراً ، توفي بها في آخر خلافة معاوية .

انظر : الطبقات ١٠/٧ . الاستيعاب في أسماء الأصحاب ، تأليف أبي عمر يوسف بن عبد الله القرطبي (بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة بدون ، ت/بدون) مطبوع بهامش لإصابة ٢٨٩/٣ ، الإصابة في تمييز الصحابة ، تأليف الحافظ ابن حجر العسقلاني (بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة بدون ، ت/بدون) ٤٢٧/٣ .

(٦) أخرجه البحاري ولفظه : "أن أخت معقل بن يسار طلقها وزوجها فزكها حتى انقضت عدتها فخطبها فأبى معقل ، فنزلت : ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ كتاب تفسير القرآن ، باب ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُنَّ أَهْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ ١٦٠/٥ .

وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : "لا تنكح المرأة بغير إذن وليها فإن نكحت فنكاحها باطل" ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل - ثلاث مرات - فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له^(١) .
وقال عمر : لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها ، أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان^(٢) .

قال مالك : وذو الرأي من أهلها : الرجل من العصابة أو العشيرة أو الفخذ ، وكذلك مولى النعمة إذا كان له الصلاح - يريد المتعم عليه بالعق^(٣) - وليس العبد والمرأة من الأولياء^(٤) .

قال الشيخ : ولما كانت المرأة لاتعقد على نفسها كان العقد على امرأة غيرها أحرى أن لا يجوز ، وقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام : "لا تُنكح المرأة المرأة ، ولا تُنكح المرأة نفسها"^(٥) .

وروى ابن وهب أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : "لا يحل النكاح إلا / [١/٤٩] بصدائق وولي وشهود عدول"^(٦) .

قال عبد الوهاب : وإنما كان الولي شرطاً في النكاح حيطةً لنفروج المرأة تحمل المرأة شهوة النكاح إلى وضع نفسها في غير كفء ، فتتحق عاراً بأوليائها .

(١) أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء لانكاح إلا بولي ٤٠٨، ٤٠٧/٣ رقم (١١٠٢) وابن ماجه . كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ٦٠٥/١ رقم (١٨٧٩) ، والحاكم ، كتاب النكاح ١٨٢/٢ رقم (٢٧٠٦-٢٧٠٩) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب النكاح ، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما ٤١٥/٢ .

(٣) أي كل هؤلاء ولي إذا لم يكن الولي الأقرب .

(٤) انظر : المدونة ١٧٧، ١٧٦، ١٦٢/٢ .

(٥) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ٢٢٨/٣ رقم (٣١، ٣٠) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ١٧٨/٧ رقم (١٣٦٣٣) ، والحديث حسن وسيأتي بلفظ "لاتزوج المرأة المرأة" موقوفاً ص ٨١ .

(٦) أخرجه سحنون في المدونة ١٦٥/٢ ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بشاهدين عدلين ٢٠٣/٧ رقم (١٣٧٢٠) ، والحديث حسن يشهد له حديث "لاتزوج المرأة إلا بولي" .

قال : والولاية على ضربين : ولاية عامة وولاية خاصة ، فالعامة ولاية الدين والأصل فيها قوله تعالى : ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(١) . والولاية الخاصة ولاية النسب أو الحكم ، والولاية بالنسب مقدمة على الولاية بالحكم .

وإذا استخلفت المرأة أجنبياً فزوجهها مع القدرة على أحد الوليين ، فقليل : إنه غير جائز ، وقيل : إنه ماضٍ إذا تزوجت كُفُوءاً .
فوجه الأولى : قوله عليه الصلاة والسلام : "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"^(٢) .

نفى بذلك أن تكون لغيره ولاية مع وجوده ، ولأن في إجازته ذريعة إلى الافتيات على الأولياء وإسقاط حقهم .

وجه الثانية : أن الولاية الخاصة لا تسقط الولاية العامة جملةً ، وإنما لها مزية عليها^(٣) في التقديم ، فإذا حصل العقد بها على وجه لو عقده الخاص لجاز^(٤) ولم يفسخ ، اعتباراً بتقديم بعض العصبية على بعض^(٥) .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا اختلف الأولياء في إنكاح المرأة وهم في القعد^(٦) سواء ، نظر السلطان في ذلك ، فإن كان بعضهم أقعد من بعض فالأقعد أولى بإنكاحها ، فالابن وابن الابن أولى بإنكاحها وبالصلاة عليها من الأب . والأب أولى من الأخ ، والأخ وابن الأخ أولى بإنكاحها من الجد^(٧) .

(١) سورة التوبة : آية ٧١ .

(٢) سبق ترجمته ص ٤٣ .

(٣) "عليها" ليست في ز .

(٤) "لجاز" ليست في ز .

(٥) انظر : المعونة ٧٢٨/٢ - ٧٣٠ .

(٦) القعد : هو الأقرب إلى الأب الأكبر .

المصباح المنير ص ٥١٠ .

(٧) انظر : المدونة ١٦١/٢ ، تهذيب السونة ص ٨٠ .

وقال عبد الوهاب : إنما قلنا : إن الابن ولي ، وأنه أولى من الأب لقوله عليه الصلاة والسلام يُعمر بن أبي سَلَمَةَ^(١) : "قُمْ فزَوِّجْ أُمَّكَ"^(٢) ، ولأن الابن وابن الابن أقوى تعصياً في الميراث والولاء من الأب ، وإنما قلنا : إن الأب أولى من الأخ للإجماع على ذلك^(٣) ، ولأنه أقوى تعصياً ، ولا يرثون معه شيئاً .

وإنما قلنا : أن الأخ وابن الأخ أولى من الجسد خلافاً للشافعي^(٤) ، لأن تعصيتهم أقوى ، لأنهم يَدُلُّون بالبثوة ، والجسد بالأبوة ، لأن الأخ يقول : أنا ابن أبيها ، واجد يقول : أنا أبو أبيها ، وقد بينا أن تعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب^(٥) .

ومن المدونة : قيل لابن القاسم : أليس هذا^(٦) إذا فَوَّضت إليهم فقالت : زوجوني ، أو خطبت فرضيت ، فاختلف الأولياء في إنكاحها وتشاحوا على ذلك؟ قال : نعم .

-
- (١) هو عمر بن أبي سلمة بن عبد الأسد بن هلال القرشي المخزومي ، ربيب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أمه أم المؤمنين أم سلمة المخزومية ، وُلِدَ في السنة الثانية من الهجرة بأرض الحبشة ، استعمله علي رضي الله عنه على فارس والبحرين ، توفي بالمدينة سنة ٨٣ هـ .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٤٦٧/٢ ، الإصابة ٥١٢/٢ .
- (٢) أخرجه النسائي ، كتاب النكاح ، باب إنكاح الابن أمه ٦١/٦ رقم (٣٢٥٤) ، والحاكم ، كتاب النكاح ١٩٥/٢ رقم (٢٧٣٤) ، وصححه ، ووافقه الذهبي .
وقد استدلل القاضي عبد الوهاب بهذا الحديث على أن البثوة تملك بها ولاية التزويج ، وليس على تقديم الابن على الأب كما يظهر من سياق المؤلف لكلام القاضي .
انظر : المعونة ٧٣١/٢ .
- (٣) والإجماع الذي ذكره القاضي في المعونة على كون الأب ولياً في النكاح ، وليس على تقديمه على الأخ .
انظر : المصدر نفسه ٧٣١/٢ .
- (٤) انظر : الأم ٢٣/٥ ، الرجز في مذهب الإمام الشافعي ، تأليف : أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (بهرت : دار المعرفة للطباعة والنشر ، ط/بدون ، ١٣٩٩ هـ) ٦/٢ .
- (٥) انظر : المنونة ٧٣٢، ٧٣١/٢ .
- (٦) أي أن التقسيم بين الأولياء والمفاضلة إنما هو عند اختلافهم ومشاحتهم .

قال مالك : وإذا كان أولياء المرأة حضوراً كلهم وبعضهم أقعد من بعض ، منهم ولد^(١) الولد والوالد نفسه والأخ والجد والعم وغيرهم ، فزوجها العم أو الأخ برضاها وهي ثيب وأنكر والدها وسائر الأولياء لم يُردّ النكاح ، فليس للأب ههنا قول ، لأنها قد ملكت أمرها .

قال مالك : وكذلك إن كانت بكراً بالغاً لأب لها ولاوصي ، ولها من الأولياء من ذكرنا^(٢) فزوجها الأبعد برضاها وأنكر الأقعد ، فالنكاح جائز ، وقد قال مالك : إن الرجل من الفخذ يزوج وإن كان^(٣) ثمّ مَنْ هو أولى منه .

قال ابن القاسم : وذو الرأي من أهلها يجوز^(٤) إنكاحه إياها إذا كان له فضل وصلاً وإن كانت من العرب ولها من الأولياء من ذكرنا .

وكذلك مولى النعمة يجوز أن يزوج مولاته من نفسه وبني عقد نفسه ، أو يزوجه من غيره برضاها ، فيجوز^(٥) / ذلك عني الأقعد من أخ أو غيره ، وهو من ذوي الرأي من أهلها إذا كان له الفضل والصلاح ، وكانت المرأة ثيباً ، أو بكراً بالغاً لأب لها ولاوصي^(٦) .

وقال عني^(٧) عن مالك في الأخ يزوج أخته لأبيه ، وثمّ أختوها لأبيها وأمها أن النكاح جائز إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الأخ الشقيق ، فلا يُنكح حيثلذ إلا برضاها ، وإنما الذي لا ينبغي لبعض الأولياء أن يُنكح وثمّ مَنْ هو أولى منه ، إذا لم يكونوا إخوة ، وكان أحاً وعمّاً ، أو عمّاً وابن عم ، ونحو هذا وهم حضور^(٨) .

(١) "ولد" ليست في ز .

(٢) أي الأخ والجد والعم وبني الإخوة .

(٣) في أ ، ب زيادة "هناك" .

(٤) الجواز المراد به هنا : الصحة .

(٥) الجواز المراد به هنا : المضي .

(٦) انظر : للدونة ١٦١/٢ - ١٦٥ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

(٧) أي علي بن زياد .

(٨) انظر : المدونة ١٦٩/٢ ، ١٧٠ .

قال سحنون : وقال أكثر الرواة : لا يزوّج وليٌّ ومَنْ مَنْ هو أولى منه حاضر ، فإن فعل نظر السلطان في ذلك .

وقال آخرون : للأقرب أن يجيز أو يرد ، إلا أن يطول مكثها عند الزوج ، وتلد الأولاد ، لأن العقد لم يخرج من أن وَلِيَهُ وَلِيٌّ ، وهذا في ذات المنصب والقدر^(١) .

وقال ابن المواز : وليس الخال من الأولياء^(٢) .

قال ابن وهب : وقاله مالك وغيره من العلماء .

قال ابن حبيب : الأقرب امضاؤه ، أو فسخه مالم يين^(٣) .

^(٤) قال ابن حبيب عن مالك : وذلك مالم يكن الولي الأقرب حاضراً يعلم أن غيره عقد على وليته فلا يتكلم ، فإن ذلك منه رضى^(٤) .

فصل [٢ - في تزويج ابنة الغائب]

ومن المدونة : قال ابن القاسم وعلي بن زياد : قال مالك : من غاب عن ابنته البكر غيبة انقطاع كمن خسر ج إلى المغازي إلى مثل إفريقية

(١) انظر : المصادر نفسه ١٦٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

(٢) ذكره ابن المواز عن مالك وتمته : وإنما الولاية من العصبية .

انظر : النوادر والزيادات ل ١/٢١٧ .

(٣) يرى ابن حبيب أن الخال لو عقد جاز إمضاء عقده ، لكن إن بنى الزوج تعين امضاؤه ولم يجز فسخه .

(٤) ساقط من ز .

والأندلس وطنجة^(١) فأقام بها ، فرفعت أمرها إلى الإمام ، فلينظر لها ويزوجها .

قيل لابن القاسم : فهل للأولياء أن يزوجهها بغير أمر السلطان؟

قال : إنما سمعت مالكا يقول : ترفع أمرها إلى السلطان .

- قال ابن المواز : وقال أشهب عن مالك : أن للإمام حينئذ أن يزوج^(٢) -

قال ابن القاسم : وأما إن خرج تاجراً إلى مثل إفريقية ونحوها ، ولم يُرد

المقام بتلك البلدة ، فلا يزوجه ولي ولا سلطان وإن أرادته الابنة ، لأن مالكا لم يوسع أن تزوج ابنة الرجل [البكر]^(٣) وهو غائب^(٤) إلا أن تكون غيبة منقطعة^(٥) .

قال عبد الوهاب : إذا غاب الأب غيبة انقطاع ، فإن كانت حياته معلومة .

ومكانه معروفاً ، إلا أن استئذنه يتعذر ، وهي بالغ ، فقد اختلف في جواز إنكاحها:

فقال مالك : يزوجه الإمام إن رفعت إليه .

وقال عبد الملك : لا يجوز إنكاحها بوجه في حياة الأب .

وقال ابن وهب : إن قطع عنها النفقة جاز إنكاحها برضاها ، وإن أجراها

عليها لم يجوز .

فوجه قول مالك : أن طول غيبته ضرر بها ، فهو كما لو عَصَلَهَا .

(١) طنجة : مدينة على ساحل بحر المغرب مقابل الجزيرة الخضراء ، بينها وبين سبتة مسيرة يوم واحد .

انظر : معجم البلدان ٤/٤٣ .

(٢) انظر : العتبية مع البيان ولتحصيل ٣٤٨/٤ .

(٣) من المدونة .

(٤) "وهو غائب" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ١٦٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

ووجه قول عبد الملك : أنها ذات أبٍ غير عاضلٍ ، فلا تزوج عيه ، ولا تسقط ولايته لغيبته كالقريب الغيبة^(١) فهو كالحاضر .

ووجه قول ابن وهب : أن المراعى في ذلك دخول الضرر البين ، وذلك موجود مع انقطاع النفقة ، فيكون كالعضل^(٢) .

قال : واختلف فيمن ينكحها ، فقيس : لا يزوجه إلا السلطان ، وقيل : للأولياء أن يزوجهوا برضاها .

فوجه الأول : أن إنكاحها مع بقاء الأب هو لإزالة الضرر عنها كالعضل ، فكان كالحكم على الأب ، وذلك يختص بالسلطان^(٣) .

ووجه الثاني : أنها بكر جاز تزويج غير الأب إياها برضاها ، فجاز ذلك لسائر الأولياء ، أصله إذا مات^(٤) .

وأما إذا انقطع خير الأب فلم تعلم حياته ولا موته جاز إنكاح الأولياء إياها برضاها .

وقال عبد الملك^(٥) : ليس ذلك لهم إلا بعد أربع سنين / من يوم فُقد . [٥٠]

فوجه الأول : أن الظاهر من أمره الموت ، فجاز إنكاحها ، وأحسن أحوالها أن يجزى مجرى العضل ، فيجب إزالة الضرر عنها .

ووجه قول عبد الملك : أنه أنزلها بمنزلة امرأة^(٦) المفقود من حيث كان . لضرر يلحقها بانتظاره ، فوجب وقف ذلك على ضرب الأجل له كامرأة المفقود^(٧) .

(١) "القريب الغيبة" ليست في ز .

(٢) أي في كون المرأة تزوج على وليها العاضل لإزالة الضرر عنها .

(٣) أي الحكم على الغائب .

(٤) لأن ولاية الأب تعتبر ساقطة .

(٥) في أ ، ب "عبد الوهاب" ، وهو خطأ .

(٦) "امرأة" ليست في أ ، ب .

(٧) انظر : المعونة ٢/٧٢٣، ٧٢٤ .

قال ابن حبيب من قول مالك في غيبة الولي^(١) أنه إن كان قريباً كتب إليه الإمام ، وإن سافر انتظره ، فإن بعدت غيبته زوجها الإمام إلا في الأب ، فلا زوجها إلا أن تطول غيبته جداً فيزوج الأيم . وأما البكر فلا إلا أن يتقطع بالسكنى في بسند منقطع بعيد قد يُقَسَّ من رجعتة ، وطال ثواه بها ، كالعشرين والثلاثين سنة ، فيزوجها السلطان^(٢) ولا يفعل ذلك أحد من الأولياء ، فإن زوجها وليُّها بإذن السلطان في الغيبة البعيدة مضي النكاح ، وإن جهل السلطان أو الولي فزوجها في الغيبة القريبة لم يجز ، وفسخ إذا جاء الأب وإن ولدت الأولاد ، وإن أجازته الأب لم يجز ، وقاله ابن القاسم^(٣) .

[فصل ٣ - في تزويج ابنة العاضل]

ومن المدونة : وإذا رضيت ثيب بكفء في دينه ، وهو دونها في النسب والشرف ورده أب أو ولي ، زوجها منه الإمام .
ولقد سألتنا مالكا عن نكاح الموالى في العرب؟ فقال : لا بأس به^(٤) .
قال عبد الوهاب : والكفاءة المعتبرة عندنا هي الدين دون النسب ، خلافاً لأبي حنيفة^(٥) والشافعي^(٦)

(١) في أ ، ب "في امرأة الغائب" .

(٢) "السلطان" ليست في ز .

(٣) النوادر والزهدات ل ٢١٤/أ .

(٤) انظر : المدونة ١٦٣/٢ ، والجواب بتمامه : قال : لا بأس بذلك ، ألا ترى إلى مقال الله في كتابه : ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ . سورة الحجرات : آية ١٣ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٠ ، مختصر القدوري ، تأليف أبي الحسين أحمد بن محمد القدوري ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط/بدون ، ت/بدون) ، مطبوع مع شرحه الباب لعبد الغني الميداني ١٣/٣ .

(٦) انظر : التنبيه في الفقه الشافعي ، تأليف أبي إسحاق إبراهيم بن عيسى بن يوسف الشيرازي ، إعداد مركز الخدمات والأبحاث الثقافية (بيروت : عالم الكتب ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ) ص ١٥٩ .

في أنها للنسب^(١) لقوله تعالى : ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾^(٢) ، وقوله عليه الصلاة والسلام : "إذا جاءكم من ترضون دينه وأمانته فزوجهوا إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير"^(٣) ، فاعتبر الدين والأمانة دون النسب .

وقوله : "تُنكَحُ المرأة لدينها ومالها وجماعها ، فعليك بذات الدين تربت يداك"^(٤) ، فأخبر عن أغراض النكاح ، وأمر بذات الدين وجعله العمدة^(٥) .

قال الشيخ : قيل لابن الموزان^(٦) : ماتقول في الذي^(٧) جاء عن عمر : لاتزوجوا النساء إلا الأكفاء ، فأبي امرأة من قريش تزوجت غير كفؤ لها ففرق عمر بينهما ، وقال : لاتنكحوا ذوات الأحساب إلا من الأكفاء؟

قال : قد قال عمر غير هذا ، قال : دين الرجل حسبه ، وكرمه تقواه ، ومروءته خلقه^(٨) ، فليس الحسب والشرف إلا في الإسلام والتقوى^(٩) وما جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم^(١٠) ليس لأحد معه حجة^(١١) .

(١) هكذا في نسخ الجمع ، والذي في المعونة : خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في اعتبارهما للنسب ، وقال القاضي عبد الوهاب ذلك لأن مالكا رحمه الله لم ينظر إلى أن النسب من الكفاءة ، لذا اشتهر عنه جواز تزويج الموالى من العربيات واحتج بالآية المذكورة ، ويتفق معه الأئمة الثلاثة في اعتبار الدين من الكفاءة في النكاح ، قال ابن رشد الحفيد : فأما الكفاءة فإنهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك إلا ماروي عن محمد بن الحسن من إسقاط الدين .
بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تأليف أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة العاشرة ، ١٤٠٨ هـ) ١٦/٢ .

(٢) سورة الحجرات : آية ١٣ .

(٣) سبق تخريجه ص ٦ .

(٤) سبق تخريجه ص ٥ .

(٥) انظر : المعونة ٧٤٧/٢ .

(٦) سبق أن المؤلف نقل عن ابن الموزان أنه قال : قيل لمالك ... إلخ ص ٦ .

(٧) "تقول في الذي" ليست في ز .

(٨) سبق تخريجه ص ٦ .

(٩) "والتقوى" ليست في أ .

(١٠) لعله يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "إذا أتاكم من ترضون دينه وأمانته" الحديث .

(١١) انظر : النوادر والزيادات ل ٢١١/ب .

وروى ابن وهب أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال : "إذا أتاكم من ترضون دينه وأمانته فانكحوه" ، قالوا : يا رسول الله : وإن كان أسود ، فقال عليه الصلاة والسلام : "إلا تفعلوه تكن فتنه في الأرض وفساد كبير" (١) .

وذكر ابن وهب أن بلالاً خطب بنتاً لبكير ، فأباه أخوتها ، وكانوا بدرين ، فأخبر بلال رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك ، فغضب رسول الله ، فبلغهم الخبر ، فأتوا أختهم فقاتلوا : مالقينا من غضب رسول الله من أجل بلال؟ فقلت : قد جعلت أمري لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأنكحها رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالاً (٢) .

ومن المدونة : قيل لابن القاسم : فإن رضيت بعبد وهي امرأة ثيب من العرب ، وأبى الأب أو الولي أن يزوجهما منه ، [أيزوجهما منه السلطان أم لا؟] (٣) قال : لم أسمع من مالك فيه شيئاً إلا ما أخبرتك / من نكاح المولي في العرب ولقد قيل للمالك : إن بعض هؤلاء القوم فرقوا بين عريية ومولاة ، فأعظم ذلك إعظاماً

(١) سبق تخريجه ص ٦ .

(٢) لم أعثر على هذه القصة بهذا السياق ، وقد أخرجها البيهقي عن زيد بن أسلم : أن بني بكير أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : زوج أختنا من فلان ، فقال : أين أتم عن بلال؟ فعادوا فأعاد ثلاثاً فزوجوه ، قال : وكان بنو بكير من المهاجرين من بني ليث .

كتاب النكاح ، باب لا يرد نكاح غير الكفء إذا رضيت به الزوجة ٢٢٢/٧ رقم (١٣٧٨٧) والحدِيث ضعيف بسبب إرسال زيد بن أسلم ، انظر : التقريب ٣٢٦/١ رقم (٢١٢٣) . وذكرها ابن سعد عند ترجمة بلال . انظر : الطبقات ١٧٩/٣ .

(٣) من المدونة .

شديداً ، وقال : أهل الإسلام بعضهم لبعض أكفء ، لقول الله تعالى : ﴿إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ اتَّقَاكُمْ﴾ (١) .

وقال غيره : ليس الوليُّ بعاضل في منعه ذات القدر نكاح العبد ومثله (٢) ، لأن للناس مناحج قد عُرِفَتْ لهم وعُرِفُوا بها (٣) .
وقال المغيرة (٤) وسحنون : يفسخ (٥) .

قال عبد الوهاب : وهذا هو الصواب ، لأن الحرية من الكفاءة ، ولأن العار يدخل على الأولياء بوضع وليّهم نفسها تحت عبد ، فكان لهم منعها (٦) .

فصل [٤ — متى يعدّ الأب عاضلاً لابنته؟]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولا يكون الأب عاضلاً لابنته البكر البالغ في ردّ أول خاطبٍ أو مخاطبٍ حتى يتبين ضرره ، وإذا لم يُعرف من الأب في ذلك ضرر لم يهجم السلطان على ابنته في إنكاحها ، ولا حدّ في ردّ الأب عنها الواحد والاثنين إلا أن يعرف ضرره وإعضاله لها ، فإذا تبين ذلك منه فأرادت الجارية

(١) سورة الحجرات : آية ١٣ .

(٢) في ز "نكاح العبد مثله" .

(٣) انظر : المدونة ١٦٣/٢ ، ١٦٤ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

(٤) هو أبو هاشم المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي ، الإمام الفقيه ، ممن دارت عليه الفتوى بالمدينة بعد مات ، سمع أباه وأباه الزناد ومالكاً ، توفي سنة ١٨٨ هـ ، وقيل ١٨٦ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٢٨٢/١ ، الديباج ٣٤٣/٢ ، شذرات الذهب ٣١٠/١ ، شجرة النور ص ٣١٠ .

(٥)، (٦) انظر : للمعونة ٧٤٨/٢ .

النكاح قال به الإمام : إما أن تزوجها ، وإما زوجناها عليك ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام قال : "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ" ^(١) ^(٢) .

(١) أخرجه ابن ماجه ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٧٨٤/٢ ، رقم (٢٣٤١، ٢٤٣٠) ، والدارقطني ، كتاب البيوع ٧٧/٣ رقم (٢٨٩) ، والإمام أحمد بن حنبل في المسند ، ترويم محمد عبد السلام عبد الشافي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ) ٤٠٨/١ رقم (٢٨٧٠) ، والحاكم ، كتاب البيوع ٦٦/٢ رقم (٢٢٤٥) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) انظر : المدونة ١٦٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

[الباب السادس] في إنكاح الأوصياء^(١)

[فصل ١ — في تزويج الوصي البالغة]

قال مالك : وللوصي ووصي الوصي أن يزوج البكر البالغ برضاها وإن كره الولي ، ولانكاح للأولياء مع الوصي ووصي الوصي ، وهما أولى من الأولياء .
قال الشيخ : لأنها ولاية كانت للأب على ابنته ، فكان له نقلها إلى من شاء بعد وفاته ، كولاية المال .
قال مالك : ولو رضيت الجارية ووليها برجل والوصي ينكر فلانكاح لها ولاهم إلا بالوصي ، فإن هم اختلفوا نظر السلطان في ذلك .
قال مالك : وإن زوجها الولي برضاها من رجل وقد حاضت ، ولها وصي أو وصي وصي فلا يجوز نكاحه^(٢) .
قال ابن المواز : قال مالك : إذا زوجها أحد أوليائها برضاها كان للوصي أن ينقض نكاحها^(٣) .
ومن المدونة : قال يحيى بن سعيد^(٤) : الوصي أولى من الولي ، ويشاور الولي^(٥) .

(١) الأوصياء : جمع وصي ، والمراد به هنا : من عهد إليه الأب بتزويج موليّاته .

(٢) انظر : المدونة ١٦٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل ٢١٤/ب .

(٤) هو أبو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس بن عمرو الأنصاري المدني ، أحد فقهاء التابعين ، الإمام العلامة المجتهد ، عالم المدينة في زمانه ، ولي القضاء لأبي جعفر المنصور ، توفي بالهاشمية بقرب الكوفة سنة ١٤٣ هـ .

انظر : الطبقات ٤٢٣/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٤٤/٦ ، الشذرات ٢١٢/١ .

(٥) وقال مالك أيضاً : وحسن للوصي أن يشاور الولي ، ولا يضره إن لم يفعل أو كان كارهاً .
النوادر والزيادات ل ٢١٤/ب .

قال : والوصي العدل مثل الأب .
 قال ابن القاسم : ووصي الوصي في البكر وإن بَعْدَ كالوصي .
 قال مالك : ويزوج الثيب الولي برضاها وإن كره الوصي ، وإن زوجها الوصي أيضاً برضاها جاز وإن كره الولي ، وليس هو كالأجنبي فيها^(١) .
 قال ابن المواز : قال أشهب : وإنما الوصي في الثيب كالأب في الثيب^(٢) .

فصل [٢ - في تزويج الوصي الصغيرة]

ومن المدونة : قال مالك : وليس لأحد أن يزوج الطفلة قبل بلوغها من قاض أو وصي أو ولي إلا الأب وحده ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام أمر باستئذان اليتيمة^(٣) ، ولا إذن إلا لبالغة^(٤) .
 قال في كتاب ابن المواز والواضحة : وإذا قال الأب لوصي^(٥) : زوج ابنتي فلاناً ، أو ممن ترضاه ، أو قال : زوجها فقط ، فهذه يزوجها الوصي قبل البلوغ ، وله إكراهها على ذلك بعد البلوغ كالأب^(٦) .
 وإن قال : فلان وصي فقط ، أو قال : وصي على بضع بناتي ، أو على تزويجهن ، فلا يزوجهن هذا حتى يبلغن ويرضين .
 ابن المواز : قال أصبغ : ولو كان الذي أمره الأب بتزويجه لها رجلاً فاسقاً سكيراً لم يجوز^(٧) ذلك عيها ، ولا يجوز ذلك للأب لو فعله بها ، وكان للسلطان أن

(١) انظر : المدونة ١٦٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل ٢١٥/١ .

(٣) سبق تخريجه ص ٢٣ .

(٤) انظر : المدونة ١٦٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

(٥) "للوصي" ليست في ز .

(٦) لأن الأب فوّض إليه أمرها .

(٧) أي لم يحض .

يرد نكاحه عليها ، لأنه من الضرر ، وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الضرر^(١) .

وكما لو دعت هي إلى تزويج مثل هذا لم يجوز أن تجاب إليه .

قيل : فلو أوصى إليه فقال له / : زوج ابنتي من فلان بعد عشر سنين [٥١/١] بعد أن تبلغ^(٢) أو قال له : ممن ترضاه؟

قال : ذلك جائز لازم إذا فرض لها صداق مثلها ، وليس لها ولا للوصي أيأيا ذلك إذا طلب ذلك من سمّاه الأب ، وبحكم له بذلك ، إلا أن يكون لها في ذلك حجة ، مثل أن يكون يوم أمره الأب بتزويجه مأموناً مرضياً حسن الحال ، ثم خرج بعده إلى الفسق والدّعارة^(٣) والتلصص ، فيبطل الحاكم عنها وصية الأب فيه سواء أحبته أو كرهته .

قيل : فلو كانت حجتها أن قالت : إن هذا الرجل يوم أمر أبي بإنكاحي منه خلواً من النساء ، وهو الآن قد تزوج بعده ، أو قالت : اتخذ السراري ، فلست أدخل عليّ الضرر؟

قال : ليس هذا مما ترد به النكاح عن نفسها ، والأمر لها لازم^(٤) .

قال الشيخ : وقع في بعض روايات المدونة فيمن قال : إن مت من مرضي فقد زوجت ابنتي من ابن أخي^(٥) .

قال فيها سحنون : إنما يجوز ذلك إذا قبل النكاح ابن الأخ بقرب ذلك ولم يتباعد^(٦) .

(١) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "لا ضرر ولا ضرار" . وقد سبق تخريجه ص ٥٤ .

(٢) من النواذر والزيادات .

(٣) الدّعارة : هي الفسق والفجور والخث . انظر : اللسان ، مادة (دعر) .

(٤) انظر : النواذر والزيادات ل ٢١٥/١ ، ٢١٥/ب .

(٥) أي فذلك جائز ، انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٢٦/٥ ، ٢٧ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٢٧/٥ .

قال الشيخ : وهذه^(١) بخلاف مسألة أصبغ^(٢) ، لأن هذا زوج ابنته بعد^(٣) ، وإنما بقي إعلام الزوج ورضاه ، فذلك اشترط إن قبلَ بالقرب ، وأما الآخر فإنما أوصاه أن يعقد ذلك الوصي إن رضي الزوج ، فذلك جاز بعد الطول ، وهذا بين . وفي بعض حواشي الكتاب : إذا قال في صحته : إذا مت فقد زوجت ابنتي فلانة من فلان ابن أخي ، أنه لا يجوز هذا عند ابن القاسم ، وبه قال أصبغ وابن المواز ، لأنه نكاح إلى أجل ، كما لو قال : إذا مضت سنة فقد زوجت ابنتي من فلان ، وأشهب يميز هذا^(٤) .

قال أصبغ : وإن في المرض لمَغْمَزاً أيضاً ولكن أهل العلم متفقون على إجازته وهو من أمر الناس ومن وصايا المسلمين في أمراضهم^(٥) .

[فصل ٣ — في تزويج الأب أو الوصي الطفل الصغير]

ومن المدونة : قال مالك : وأما الطفل الصغير فلأبيه أو وصيه أن يزوجه قبل بلوغه ، وليس ذلك لغيرهما من الأولياء ، ووصي الوصي في ذلك كالوصي . قال : ولأن للطفل أن يطلق إذا بلغ وليس ذلك للطفلة^(٦) .

(١) أي مسألة قول الأب : إن مت من مرضي فقد زوجت ابنتي من ابن أخي .

(٢) وهي قول الأب للوصي : زوج ابنتي من فلان بعد عشر سنين أو بعد بلوغها .

(٣) "بعد" ليست في ز .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٢٧/٥ .

(٥) تهذيب الطالب ل ٨/أ .

(٦) انظر : المتنونة ١٦٧/٢ ، ١٦٨ ، تهذيب المتنونة ص ٨٠ .

فصل [٤ - في استخلاف الأم من يزوج ابنتها]

قال مالك : وللأب أو للولي أن يستخلف من يزوج ، وليس^(١) للأم أن تستخلف من يزوج ابنتها البالغ اليثيمة ، إلا أن تكون الأم وصية ، فإن كانت الأم وصية عليها أو على صبيّة غير ابنتها فهي أحقّ بعقد النكاح من الأولياء ، غير أنها لاتلي هي عقد نكاحها ، ولكن توكلّ بذلك رجلاً بعد بلوغ الصبيّة ورضاها^(٢) ، فأما قبل بلوغها فلا^(٣) .

(١) في زيادة "ذلك" .

(٢) لأن كل من لا يجوز أن يكون ولياً للمرأة من امرأة أو عبد أو نصراني لا يجوز لهم إذا استخلفوا على امرأة أن يلوا العقد عليها ، وإنما يلوه على من استخلفوه عليه من الذكور .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٥٣/٤ .

وسياتي تفصيل ذلك في الباب الحادي عشر من هذا الكتاب .

(٣) انظر : المدونة ١٦٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨١، ٨٠ .

[الباب السابع]

**في المرأة يتزوجها رجلان ولا يعلم الأول منهما
ووليّ المعتقة ، والولي يرضى^(١) بغير كفرٍ
ثم لا يرضى به في نكاح ثان**

[فصل ١ - في المرأة يتزوجها رجلان ولا يعلم الأول منهما]

قال مالك : وإذا وكت المرأة كل واحدٍ من وليها يزوجه^(٢) فزوجه هذا من رجل وهذا من رجل آخر^(٣) ، فالنكاح لأولهما إذا عُرِفَ الأول ، إلا أن يدخل بها الآخر فهو أحق [بها]^(٤) وكذلك قضى عمر رضي الله عنه^(٥) .
قال عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة : تردُّ للأول على كل حال^(٦) ، ودليلنا : أنه إجماع الصحابة ، روي ذلك عن عمر^(٧) والحسن بن علي^(٨)

(١) "يرضى" ليست في أ .

(٢) "يزوجه" ليست في ز .

(٣) "آخر" ليست في ز .

(٤) من المدونة .

(٥) انظر : المدونة ١٦٨/٢ ، ١٦٩ .

(٦) أي سواء دخل بها الآخر أو لم يدخل . انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٤ .

(٧) كما تقدم من قضاائه رضي الله عنه .

(٨) هو الحسن بن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم ، سبط رسول الله صلى الله عليه وسلم وربحائه ، ولد سنة ثلاث من الهجرة ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث حفظها عنه ، وروى عن أبيه وأخيه الحسين ، توفي بالمدينة سنة ٤٩ هـ ، وقيل ٥٠ هـ ، وقيل ٥١ هـ ودفن بالقيع .

ومعاوية^(١) ، وقيل : مروى عن علي^(٢) رضي الله عنهم ولا يخالف لهم^(٣) .
ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن لم يدخل بها واحد منهما ولم يعرف
الأول فسحاً جميعاً بطلقة طلقة ، ولا قول لها إن قالت : هذا هو [الأول]^(٤) ، ثم
تبتدئ نكاح من أحببت منهما أو من غيرهما^(٥) .
قيل لابن المواز : فإن مات الأول منهما أو طلق قبل أن يدخل الآخر بها ثم
دخل الآخر بعد موته أو بعد طلاقه ؟

قال : إن لم يعلم بذلك حتى دخل الآخر ثبت نكاحه / كما لو دخل بها
والأول حي لم يمت ولم يطلق ، ولا ميراث لها من الأول ولا عدة عليها منه ، وإن
علم بذلك قبل دخول الآخر فسخ نكاح الآخر واعتدت من الأول وورثته ،
وكذلك إن طلق فإنه يفسخ نكاح^(٦) الآخر على كل حال ، وذلك إذا كان عقد

-
- (١) أخرج أثر معاوية عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب نكاح الرجلين المرأة ٢٣٣/٦ رقم (١٠٦٦٦) .
 - (٢) الذي عثرت عليه أن علياً رضي الله عنه قضى بها للأول وإن دخل بها الآخر .
 - (٣) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب إنكاح الوليين ٢٢٨/٧ رقم (١٣٨٠٩) .
 - (٤) انظر : للمعونة ٧٣٩/٢ .
 - (٥) من المدونة .
 - (٦) انظر : المدونة ١٦٨/٢ ، ١٦٩ ، تهذيب المدونة ص ٨١ .
 - وفي مسألة إن علم أن الثاني هو الذي دخل خلاف ، ففي المدونة : يثبت نكاحه ، كما تقدم من قول مالك .
 - وقال المغيرة وابن عبد الحكم : يفسخ نكاحه وترد إلى الأول بعد الاستبراء .
 - انظر : المقدمات للمهدت ٤٧٤/١ .
 - (٦) "نكاح" ليست في ز .

الآخر في حياة الأول قبل أن يموت أو يطلق ، وأما لو عقد بعد موته أو طلاقه ، فإن تزوجها في عدة موته فسخ نكاحه ، لأنه ناكح في عدة ، وأما في طلاقه فيثبت نكاحه ، إذ لا عدة عليها ، لأنه قبل البناء .

قيل : فإن دخل الآخر والأول حيَّ لم يطلق ، فأقر الولي الذي زوّج الآخر أنه كان عالماً بتزويج الأول؟

قال : لم يقبل قوله بعد دخول الآخر إلا أن تقوم بينة أنه كان أقر عندهم قبل تزويجه بعلمه ، فيفسخ حينئذ نكاح الآخر فسخاً بغير طلاق .

ولكن لو أقر الآخر نفسه بعد دخوله بأنه قد كان بتزويج الأول عالماً قبل أن يدخل بها لم يحتج إلى بينة ، وفسخ نكاحه بطلقة بائنة^(١) ، فكان لها الصداق كاملاً . وقال عبد الملك : فسخاً بغير طلاق^(٢) .

فصل [٢ - في وليّ المعتقة من رجلين]

ومن المدونة : وإذا أعتق الأمة رجلان فكلاهما وليّاها ، فإن أنكحها أحدهما بإذنها جاز على الآخر وإن لم يرض^(٣) .

فصل [٣ - في الولي يرضى بغير كفء ثم لا يرضى به في نكاح ثان]

قال مالك : وإذا رضي الولي برجل ليس بكفءٍ للمرأة ، فصالح ذلك الرجل زوجته فبانت منه ، ثم أرادت المرأة نكاحه بعد ذلك فامتنع الولي وقال : لست يكفئُ لها ، فليس ذلك له ، وإذا رضي به مرة فليس له أن يمتنع منه أخرى .

(١) لأنه يتهم على فسخ نكاحه بغير طلاق . انظر : المصدر نفسه ٤٧٤/١ .

(٢) انظر : النواذر والزيادات ل ٢٢٧/١ .

(٣) انظر : المدونة ١٦٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨١ .

قال ابن القاسم : ألا أن يَظْهَر منه على فسق ، أو تلصُّص ، أو مافيه حجة غير الأمر الأول^(١) ، فذلك للولي^(٢) ، وكذلك إن رضي بعبد على ما ذكرنا^(٣) .

(١) أي غير ما بسببه اعتُبر غير كفاء .

(٢) أي من حيث الامتناع منه .

(٣) قوله : على ما ذكرنا ، أي الحكم في تزويج العبد كالحكم في تزويج من ليس بكفء .

قال ابن القاسم : ولم أسمع العبد من مالك ولكنه رأيي .

انظر : المدونة ١٧٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٠ .

[الباب الثامن]
في توكيل المرأة أجنبياً بزوجه
أو قالت لوليها : زوجني ممن أحببت

[فصل ١ - في توكيل المرأة أجنبياً بزوجه]

قال ابن القاسم : وإذا وكلت المرأة الدنية مثل المعتقة والمسلمانية^(١) والسوداء والمسكينة أجنبياً فزوجها وهي ببلد لا سلطان فيه ، أو فيه سلطان يعسر عليها تناوله ولاولي لها جاز ذلك^(٢) .

وفي رواية أشهب عن مالك : أن الدنية وغيرها سواء ، لا يزوجه إلا ولي أو سلطان^(٣) .

قال الشيخ : فوجه الأول : أنه لما لم يكن لها ولي ، وكان متناول السلطان بعيداً صار ذلك ضرورة أباحت تزويج الأجنبي إياها ، لأنه ولي عام ، لقوله تعالى : ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(٤) .

وجه الثانية : أن الولي العام لا يزوج مع حضور^(٥) الخاص ، أصله في غير الدنية^(٦) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك إن ولت من أسلمت هي على يديه ، فإنه يجوز إنكاحه إياها ، وأما من أسلم على يديه أبوها وتقادم ذلك حتى

(١) في المدونة ونسخ الجامع (المسألة) والصواب ما أثبتته مُصَحِّحاً من هامش المدونة . قال

مصححها : والمراد بها التي أسلمت من أهل النمة وغيرهم .

(٢) انظر : المدونة ١٧٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨١ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل ٢١٦/٢ .

(٤) سورة التوبة : آية ٧١ .

(٥) "حضور" ليست في ز .

(٦) لأنه إذا عمل بذلك ضاعت الفروج .

يكون لها من القدر والغناء والإباء في الإسلام ما يتنافس^(١) الناس فيها فلا يزوجهها وهو كالأجنبي فيها^(٢) .

قيل لمالك : فرجال من الموالي يأخذون صبياناً من العرب تصيهم السنة فيكفلونهم ويربونهم حتى يكبروا ، فتكون فيهم الجارية فيريد أن يزوجهها؟ فقال : ذلك جائز ، ومن أنظر لها منه^(٣) .

قال الشيخ : يريد إذا بلغت وأذنت ، وهذا إذا لم يكن لها أب ، وأما إن كان لها أب فلا ينكحها بغير رضى أبيها إلا أن يجعل ذلك الأب بيده ، ونحوه في كتاب محمد^(٤) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأما كل امرأة لها بال وغناء وقدر ، فإن تلك لا يزوجهها / إلا وليها أو السلطان .

قيل لمالك : فلو أن امرأة لها قدر تزوجت بغير أمر ولي ، فوُضعت أمرها إلى رجل فرضي الولي بعد ذلك ، أثبت النكاح؟ فوقف فيه .

وقال ابن القاسم : إذا أجازه الولي بالقرب جاز ، وسواء دخل الزوج أم لا وإن أراد فسخه بمحدثان الدخول كان ذلك له وفسخه ، فأما إن طالعت إقامتها معه وولدت الأولاد أمضيته إن كان ذلك صواباً ولم يفسخ ، وقاله مالك وغير واحد من الرواة^(٥) .

قال سحنون : وقال غيره^(٦) : لا يجوز وإن أجازته الولي ، لأنه عقده غير الولي .

(١) في ز "وتنافس" .

(٢) انظر : المدونة ١٦٤/٢ ، ١٦٥ ، تهذيب المدونة ص ٨١ .

(٣) انظر : المدونة ١٧٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨١ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل ٢١٤/٢ .

(٥) منهم ابن نافع كما في المدونة .

(٦) أي غير ابن القاسم .

قال ابن وهب عن مالك في موضع آخر : يفرق بينهما بطلقة ، دخل به الزوج أم لا ، إلا أن يجيز ذلك الولي أو السلطان إن لم يكن لها ولي ، فأما المرأة الوضيعة مثل المعتقة والسوداء والمسلمانية فإذا كان نكاحها ظاهراً معروفاً فذلك عندي أخف من المرأة لها الموضع .

قال الشيخ : وهذا كله موافق لرواية ابن القاسم ، وتحصيل مذهب ابن القاسم فيها : هو أنه إذا طال قبل البناء فلا بد من فسخه ، وإذا طال بعد البناء فلا بد من إجازته ، وإنما يجيز الولي في القرب ، كذلك كان يدرسه بعض شيوخنا ، وهو **يبرئ** .

قال ابن القاسم : وإذا استخلفت المرأة على نفسها رجلاً فزوجها ولها وليان أحدهما أقعد بها من الآخر ، فلما علما أحازه الأبعد ورده الأقعد فلا قول هاهنا للأبعد^(١) ، بخلاف التي زوجها الأبعد وكره الأقعد ، لأن ذلك نكاح عقده ولي ، وهذا نكاح عقده غير ولي فلا يكون فسخ هذا إلا بيد الأقعد ، وقاله مالك^(٢) .
قال ابن القاسم : وإن غاب الأقعد وأراد الأبعد فسخه نظر فيه السلطان ، فإن كانت غيبة الأقعد قريبة بعث إليه وانتظره ولم يعجل ، وإن كانت غيبته بعيدة نظر السلطان كنظر الغائب في الرد أو الإجازة ، وكان أولى من الولي الحاضر^(٣) .

فصل [٢ — في المرأة إن قالت لوليها : زوجني ممن أحببت]

قال مالك : وإذا قالت المرأة لوليها : زوجني ممن أحببت ، فزوجها من نفسه أو من غيره لم يجز حتى يسمي لها من يزوجه ، ولها أن تجيز أو ترد^(٤) .
وقد قال ابن القاسم : إن زوجها من غيره جاز وإن لم يسمه ، وإن زوجها من نفسه قبلها ذلك فرضيت به جاز ، لأنها قد وكلته بتزويجها^(٥) .

(١) لأنه هو الخصم دون الأبعد .

(٢) انظر : المدونة ١٧٠/٢ ، ١٧١ ، تهذيب المدونة ص ٨١ .

(٣) ، (٤) ، (٥) انظر : المدونة ١٧٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨١ .

قال الشيخ : فصار الخلاف إنما هو في الأجنبي خاصة^(١) ، وأما في نفسه فلا يجوز عليها إلا أن ترضى^(٢) .

قال الشيخ : فوجه قوله^(٣) : إذا زوجها من غيره لم يجوز حتى يعلمها به ، لاختلاف أغراض النساء في أعيان الرجال ، وإن تساوا في الكفاءة .

ووجه قوله الثاني^(٤) : فلأن تفويضها ذلك إليه رضى بما صنع .

وأما إذا زوجها من نفسه لم يجوز حتى يعلمها في القولين ، لأنه يتهم في تقديم حفظه ومحاباته نفسه^(٥) ، وكما لو أمرته ببيع سلعتها قباعها من نفسه أنها مخيرة^(٦) عليه^(٧) .

(١) أي في تزويجها أحداً غيره ، والخلاف في اشتراط تسمية الأجنبي لها .

فمالك يشترط تسميته لها ، وابن القاسم لا يشترط ذلك .

(٢) أي عند مالك وابن القاسم بلا خلاف .

(٣) أي مالك .

(٤) أي قول ابن القاسم وهو جواز تزويج الولي المرأة من غيره وإن لم يعلمها به .

(٥) انظر : المعونة ٧٤٩/٢ .

(٦) في ز "مقدمة" .

(٧) أي لها الخيار في أن تمضي البيع أو ترده .

[الباب التاسع]

في القاضي يزوج المرأة من نفسه
والأب يزوج ابنه وهو صامتٌ ثم ينكر
وتزويج مواليه الصغار ، والوصي إماء البتامة

[فصل ١ - في القاضي يزوج المرأة من نفسه]

قال ابن القاسم : وإذا لم يكن للمرأة وليٌّ فزوّجها القاضي من نفسه أو من ابنه برضاها جاز ، لأنه وليٌّ من لاوٍ له ، وإن كان لها وليٌّ فزوّجها القاضي من نفسه أو من ابنه^(١) برضاها ، وأصاب وجه النكاح ولم يكن / منه جور فليس لوليها فسخ ذلك، لأن في حديث عمر : لا ينكح المرأة إلا وليها أو ذوي الرأي من أهلها أو السلطان ، فقد جعل إليهم النكاح بينهم في هذا الحديث^(٢) .
قال الشيخ : ولما جاز عقده عليها للأجنبي برضاها جاز عقده^(٤) عليها لنفسه برضاها ، وقد أعتق النبي عليه الصلاة والسلام صفية^(٥) وتزوجها^(٦) .

(١) "أو من ابنه" ليست في ز .

(٢) سبق تخريجه ص ٤٣ .

(٣) انظر : المدونة ١٧٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨١ .

(٤) "عقده" ليست في ز .

(٥) هي أم المؤمنين صفية بنت حيي بن أخطب ، من بني النضير ، من بني إسرائيل من سبط هارون ابن عمران أخي موسى عليهما السلام ، قُتل زوجها كنانة بن أبي الحقيق يوم خيبر ، فنزّجها النبي صلى الله عليه وسلم سنة سبع من الهجرة وجعل عتقها صداقها ، كانت عاقلة حليلة فاضلة ، توفيت في رمضان سنة ٥٥ هـ ودفنت بالبقيع .

انظر : الطبقات ٩٥/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٣٧/٤ ، الإصابة ٣٣٧/٤ .

(٦) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب من جعل عتق الأمة صداقها ١٢١/٦ ، ومسلم .

كتاب النكاح ، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها ١٠٤٥/٢ رقم (١٣٦٥) .

ابن المواز : قال ابن وهب : وأخبرني يونس^(١) عن ابن شهاب عن عروة ابن الزبير أنه سأل عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم عن قول الله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسُطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(٢) فقالت : هي البكر^(٣) اليتيمة تكون في حجر وليها فيعجبه مالها وجمالها فيريد وليها أن يتزوجها بغير أن يقسط لها في صداقها ، فتُهو عن أن يتكحهنَّ إلا أن يقسطوا لهنَّ ويلغوا بهنَّ أعلى سُنَّتِهِنَّ من الصداق ، وإلا فلينكحوا ما طاب لهم من النساء سِوَاهُنَّ^(٤) .

فصل [٢ - في الأب يزوج ابنه وهو صامت ثم ينكر]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن زوّج ابنه البالغ المالك لأمره وهو حاضر صامت ، فلما فرغ الأب من النكاح قال الابن : ما أمرته ولم أرض ، وإنما صمتُ لأنني علمت أن ذلك لا يلزمي ، فليحلف ويكون القول قوله .
وقد قال مالك فيمن زوّج ابنه البالغ وهو غائب فأنكر إذا بلغه النكاح^(٥) : سقط النكاح والصداق عنه وعن الأب .
فهذا^(٦) عندي مثله^(٧) وإن كان حاضراً ، وابنه وأجنبي في ذلك سواء إذا كان الابن قد ملك أمره^(٨) .

-
- (١) هو يونس بن يزيد بن أبي النّجّاد الأيلي ، مولى معاوية بن أبي سفيان ، ثقة محدث ، حدث عن ابن شهاب ونافع والقاسم وعكرمة وغيرهم ، توفي سنة ١٥٩هـ .
انظر : الطبقات ٣٦٠/٧ ، سير أعلام النبلاء ٤٦٧/٦ .
- (٢) سورة النساء : آية ٣ .
- (٣) "البكر" ليست في ز .
- (٤) أخرجه البخاري ، كتاب تفسير القرآن ، باب ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسُطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ ١٧٧/٥ وانظر : النوادر والزيادات ١٧٧/٢/أب .
- (٥) "النكاح" ليست في ز .
- (٦) أي الابن البالغ المالك لأمره الذي زوجه أبوه وهو حاضر صامت .
- (٧) أي في سقوط النكاح والصداق عنه .
- (٨) انظر : المسونة ١٧٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨١ .

قال الشيخ : فإن نكل عن اليمين لزمه النكاح ، فإن شاء طلق وودى نصف الصداق ، وإن شاء ثبت عليه .

وقد سئل ابن القاسم في المستخرجة عن الرجل يخطب المرأة إلى وليها فيزوجه ويشهد له ، فتكر المرأة أن تكون علمت أو رضيت أتستحلف؟

قال : إن كان الإشهاد على ذلك في المسجد ، وحيث يرى أنها لم تعلم فلا يمين عليها ، وإن كان الإشهاد ظاهراً ، أو إطعاماً لوليمة أو إشهاراً في دارها^(١) . وحيث يرى أنها عالمة فأرى أن تحلف بالله ما وكتله ولا فوضت إليه ذلك ، وما ظننت أن ذلك اللعب ولا ذلك الإطعام الذي صنّع إلا لغيري ، ثم لاشيء عليها ، فإن نكلت عن اليمين لزمها النكاح^(٢) .

قال الشيخ : فكذلك مسألة الابن^(٣) .

وقد حكى عن أبي محمد : أن اليمين إنما هي على الولد استظهاراً^(٤) ، فإن نكل لم يلزمه شيء .

وقال غيره : إذا نكل طلق عليه ولزمه نصف الصداق^(٥) .

والصواب ما قدمنا عن ابن القاسم^(٦) ، وبالله التوفيق .

قيل لابن القاسم : فإن رضي الابن بالنكاح وهو كبير ، وهو في عياله ، إلا أنه قال : لا أغرم من المهر شيئاً ، وقال الأب : إنما أردت أن يكون المهر^(٧) عليك؟ قال : قال مالك : لا يكون على واحد منهما من المهر شيء ، وتقع الفرقة بعد إيمانهما^(٨) .

(١) أي لأمر النكاح بما يدل على علمها باللعب وغوه .

(٢) لوجود الأسباب الدالة على الرضى .

انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٠، ٣٩/٥ ، النوادر والزيادات ل ١/٢٢٤ .

(٣) أي في لزوم النكاح عند نكوله عن اليمين .

(٤) أي لإقراره وجاء أن يقر يصنع أبيه فيؤخذ بإقراره .

(٥) انظر : النكت والفروق ل ١/٦٣ .

(٦) وهو أنه إن نكل عن اليمين لزمه النكاح .

(٧) "المهر" ليست في ز .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل ١/٢٢٤ ب .

قال ابن القاسم : إلا أن يكون قد دخل فإنه يخلف الأب ويرا ، ويكون ذلك على الابن وإن كان عدما ، إلا أن يكون الابن ممن يؤول عليه فيكون ذلك على الأب ، إلا أن يكون للابن مال^(١) .

فصل^(٢) [٣ - في تزويج المعتق مواليه الصغار وتزويج الوصي إماء اليتامى]

ومن المدونة : قال مالك : ومن أعتق صبيّاً صغيراً أو صغيرة فزوّجها قبل البلوغ لم يجز عقده عليها بخلاف الوصي الذي يجوز عقده على الصغير ولا يجوز عقده على الصغيرة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر باستئذان اليتيمة^(٣) ، ولا إذن إلا للبالغة .

وللوصي إنكاح إماء اليتامى وعبيدهم على وجه النظر لليتامى وطلب الفضل لهم ، وكما يجوز بيعه وشراؤه على من يلي عليه فكذاك يجوز إنكاح إمائهم وعبيدهم بعضهم من بعض أو من الأجنبي^(٤) . /
وقد تقدم أن للرجل أن ينكح عبده أو أمته وإن كرهها ، وله جبرهما على النكاح^(٥) .

(١) انظر : المصدر نفسه ل ٢٢٤ ب .

(٢) هذا الفصل ساقط من ز .

(٣) سبق تخريجه ص ٢٣ .

(٤) انظر : المدونة ١٧٣/٢ ، ١٧٤ ، تهذيب المدونة ص ٨١ .

(٥) انظر ص ٢٥ .

[الباب العاشر]

فيمن أرسل من يزوجه فضمن الرسول الصداق
أو زاد فيه

[فصل ١ — فيمن أرسل من يزوجه فضمن الرسول الصداق]

قال مالك : ومن أتى إلى امرأة وقال : إن فلاناً أرسلني أعطيتك له ، وأمرني أن أعقد له نكاحه إن رضيت ، فقالت : قد رضيت ، ورضي وليها فأنكحه وضمن الخاطب الصداق ، ثم قدم فلان فقال : مأمرته ، فلا يثبت هذا النكاح ، ولا ينزّم الرسول شيئاً مما ضمن^(١) .

قال الشيخ : يعني بعد يمين الغائب أنه مأمره ، لأنه لو أقر له لزمه النكاح . وقد قال مالك في كتاب ابن المواز في امرأة زوجها وليها وزعم أنها أمرته ، ثم إن المرأة أنكرت ذلك لما بلغها ، قال مالك : عليها اليمين ، فإن حلفت سقط عنها النكاح ، فهذا^(٢) مثله^(٣) .

قال الشيخ : وإنما لم^(٤) يضمن الرسول ؛ لأنه إنما ضمن لها على تمام النكاح فإذا انفسخ النكاح انفسخ الضمان .

وقال علي بن زياد : ويضمن الرسول ما ضمن لها^(٥) ^(٦) .

قال الشيخ : يعني أنه يضمن نصف الصداق ، لأنه فسخ بطلاق قبل البناء ، فإنما يضمن ما كان على الزوج لو طلق .

(١) انظر : المدونة ١٧٤/٢ .

(٢) أي الحكم في الغائب الذي أنكر أمره بالخطبة والنكاح عنه .

(٣) في أنه إن حلف يسقط عنه النكاح .

(٤) "لم" ليست في أ .

(٥) "لها" ليست في ز .

(٦) انظر : المصدر نفسه ١٧٤/٢ ، وهذا القول موجود في هامش المدونة .

[فصل ٢ — في ضمان الرسول الصداق وزيادته فيه]

ومن المدونة : قال مالك : ومن قال لرجل : زوجني فلانة بألف ، فذهب المأمور فزوجه إياها بألفين ، فعسم بذلك قبل البناء ، قيل للزوج : إن رضيت بألفين وإلا فَرَّقَ بينكما ، إلا أن ترضى المرأة بالألف فيثبت النكاح .

قال الشيخ : أراه يريد إنما هذا بعد أن يحلف الزوج أنه إنما أمر الرسول أن يزوجه بألف ، فإذا حلف قيل للمرأة : إن رضيت بألف وإلا فَرَّقَ بينكما ، فإن نكل الزوج عن اليمين لزمه النكاح بألفين ، وهذا إذا كان على عقد الرسول بألفين بينة ، وإن لم يكن على عقده بألفين بينة إلا قول الرسول فها هنا يكون الحكم فيها كاختلاف الزوجين في الصداق قبل البناء ، تحلف الزوجة أن العقد كان بألفين ، ثم يقال للزوج : ترضى بذلك ، أو فاحلف أنك إنما أمرته بألف ، وينفسخ النكاح إلا أن ترضى الزوجة بالألف .

قال ابن القاسم : وتكون فرقتهما تطليقة .

وقال المغيرة : بغير طلاق .

قال ابن القاسم : وسواء في ذلك قال له : زوجني فلانة ، أو قال : زوجني ، ولم يقل : فلانة .

قال : وإن قال الرسول : أنا أغرم الألف التي زدت ، وأبى الزوج لم يلزمه النكاح بذلك ، لأنه يقول : إنما أمرتك أن تزوجني بألف درهم ، فلا أرضى أن يكون صداقي ألفين .

- قال الشيخ : ولا أرضى حَمَلَكَ عَنِّي ، ولا مَتَّكَ عَلَيَّ^(١) . -

قال مالك : وإن لم يعلما حتى دخلا لم يلزم الزوج غير الألف ، ولا يلزم المأمور شيئاً ، لأنها صدقته ، والزوج جحدتها الألف الزائدة ، والنكاح بينهما ثابت - يريد وعلى عقد هذا النكاح بينهما^(٢) بألفين بينة ، وليس على رضى الزوج

(١) أي يدفع الألف ، وهذا القول من ابن يونس على لسان الزوج .

(٢) "بينهما" ليست في ز .

والزوجة بالتسمية^(١) بينة .

قال ابن القاسم : وإن أقر المأمور بعد البناء بالتعدي^(٢) غرم الألف الثانية^(٣) ،
والنكاح ثابت .

وإن دخل الزوج بعد علمه بتعدي المأمور لزمته الألفان^(٤) ، علمت المرأة
بتعديه أو لم تعلم .

وكذلك من أمر رجلاً أن^(٥) يشتري له أمة بمئة درهم فاشترها له بمئتين ،
فوطئها الأمر بعد علمه بما زاد المأمور ، والبائع عالم بذلك أو غير عالم ، فعبي الأمر
غرم مئتين^(٦) .

ومن كتاب ابن المواز : قال : وإذا بنى الزوج قيل أن يعلم^(٧) فإنه يخلف
الزوج ما أمره إلا بالألف وما علم بما زاد إلا بعد البناء ، فإن نكل غرم ، وإن لم يكن
على أصل النكاح بالألفين بينة / غير^(٨) قول الرسول حلف الزوج أيضاً^(٩) ، إلا أنه
إذا نكل هاهنا لم يغرم حتى تحلف المرأة على أن أصل النكاح كان بألفين ، لا على
أن الزوج أمر الرسول بألفين ، فإن حلف الزوج أولاً فلها أن تحلف الرسول أنه
أمره بألفين ، فإن نكل غرم الألف [الأخرى]^(١٠) .

(١) أي تسمية المهر بتحديد قدره .

(٢) أي بأنه زاد الألف الثانية .

(٣) لأنه أتلف بضع المرأة بما لم يأمره به الزوج ، فيكون ضامناً لما زاد على ما أمر به .

انظر : المصدر نفسه ١٧٥/٢ .

(٤) لأنه دخل على علم .

(٥) "أن" ليست في ز .

(٦) انظر : المصدر نفسه ١٧٤/٢-١٧٦ ، تهذيب المدونة ص ٨١ .

(٧) أي : قبل أن يعلم بتعدي المأمور .

(٨) "غير" ليست في أ .

(٩) فإن كانت بينة بأن العقد كان بألفين - يريد مع الرسول - ونكل الزوج غرم الألفين .

انظر : النوادر والزيادات ل ٢٢٦/١ .

(١٠) من النوادر .

قال أصبغ : ولو نكل الزوج فغرم في الوجهين^(١) فنه أن يحلف الرسول ، فإن نكل غرم^(٢) .

قال ابن المواز : وهذا غلط ، لا يمين للزوج على الرسول ، إذ لو أقر بالتعدي لم يكن بُدُّ من يمين الزوج ، لأنه لما ترك اليمين فقد ألزم ذلك نفسه .

- قال الشيخ : يريد محمد : لا بد من يمين الزوج أنه ما علم بما زاد إلا بعد البناء فإذا نكل عن ذلك لزم الغرم ، فلذلك لم يكن له على الرسول يمين - .

قال أصبغ : وهذا فيما يشبه أن يكون صداقاً وإن كان دون صداق مثلها وقد بنى ، فيحلف^(٣) وعليه ما أقر به ، وإن لم يشبه أن يكون صداقاً وجاء بأمر مُقَرَّب مثل الدينارين والثلاثة والخمسة في ذوات القدر واليسار فليحلف قبل البناء ، وإن بنى حلف ويسغ بها صداق مثلها على تزويج التخفيف والصلة والقريب المواصل .

قال ابن القاسم : وإذا أنكر الأمر مازوجه به^(٤) ، ثم أقر ورضي بعد ذلك ، فإن كان إنكاره ردّاً وفسخاً لفعله فلا يجوز أن يجيزه ، قُرْب أو بُعْد إلا بنكاح جديد ، وإن لم يكن على الرد مثل أن يقول : أكثرتم علي ، وما أحبُّ هذا ، وما أراني أرضى ، ويشبه هذا فلا بأس^(٥) أن يجيز ، وإن طال الأمر ولا يعلم منه رضى ولا سخط فلا يجوز إلا أن يأتفا نكاحاً جديداً حين لم يجزه حين علم ، ولأنهما لا يتوارثان ، وأما ما قرَّب فيتوارثان استحساناً^(٦) .

وقال : وتحرم على آبائه وأبنائه ، ردّاً ذلك أو رضيه ، وقاله أصبغ ، وذلك كله^(٧) ما لم يدخل^(٨) .

(١) المراد بالوجهين وجود بينة على أن أصل النكاح كان بالقبول وعدم وجودها .

(٢) أي غرم الألف الزائدة .

(٣) أي على أنه لم يأمره بالزيادة .

(٤) أي مازوجه المأمور بالمهر المشتمل على الزيادة .

(٥) في جميع النسخ زيادة "به" .

(٦) والمراد بالاستحسان عند المالكية : القول بأقوى الدليلين .

انظر : أحكام الفصول في أحكام الأصول ص ٥٦٤ .

(٧) أي ما قرَّب أو بعد .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٦٦/أ، ب .

[الباب الحادي عشر] في النكاح يعقده ذمي أو عبد أو امرأة

[فصل ١ — في النكاح يعقده ذمي]

قال الله تعالى : ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(١) ، وقال : ﴿لَا تَجِدُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ﴾^(٢) .

قال مالك : فلا يجوز لنصراني عقد نكاح مسلمة أباً كان أو غيره^(٣) .

قال ابن القاسم : ويعقد النصراني نكاح وليته النصرانية لمسلم إن شاء ، لأنه ولي لها ، وإن كان لهذه النصرانية أخ مسلم فلا يعقد نكاحها من مسلم إن كانت من نساء أهل الجزية ، لقول الله تعالى في أهل الكفر : ﴿مَالَكُمْ مِّنْ وَلِيَّتِهِم مِّن شَيْءٍ﴾^(٤) ^(٥) .

قال ابن المواز : وإذا زوجها مسلم فقد زوجها غير ولي ، كان أباً أو غيره^(٦) .

قال ابن القاسم : وإن لم تكن من نساء أهل الجزية وقد أعتقها مسلم جاز أن يزوجه وليها المسلم ومولاها بإذنها ، لأن ولاءها للمسلمين .

وأما^(٧) إن كانت من نساء أهل الجزية فلا يزوجه مسلم من مسلم ولا من نصراني ، فإن زوجها المسلم من مسلم فُسخ نكاحه ، لأنه زوجها غير ولي ، وإن

(١) سورة التوبة : آية ٧١ .

(٢) سورة المائدة : آية ٥١ .

وقد ذكر المؤلف هاتين الآيتين مستدلّاً بهما على أن الولاية في النكاح تابعة للولاية في الدين ، فيما أن الولاية في الدين متفية بين المسلمين وأهل الذمة فكذاك الولاية في النكاح .

(٣) انظر : للبدونة ١٧٦/٢ .

(٤) سورة الأنفال : آية ٧٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ١٧٦/٢ ، تهذيب البدونة ص ٨١ .

(٦) أي فيفسخ لأنه ليس ولياً لها ، انظر : تهذيب الطالب ل ٨/ب .

(٧) من هنا إلى آخر الباب ساقط من ز .

زوجها من نصراني لم أفسخه ، لأنه نصراني تزوج نصرانية بغير ولي ، ولسنا نعرض لهم في نكاحهم ، إلا أن المسلم الذي عقد نكاحها منه ظلم نفسه لما أعان على ذلك ودخل لهم فيه^(١) .

قال ابن المواز : قيل لأشهب : فالتصرياني تكون له البنت النصرانية . يعقد نكاحها مع مسلم؟

قال : نعم .

قيل له : فإن كان الأب مسلماً أيعقد نكاحها مع مسلم؟
قال : لا^(٢) .

قال أصبغ : إن وقع لم أفسخه ، وهو نكاح ، لأن النصراني لا يعقد نكاحاً إلا كان عقد المسلم أصبح منه وأفضل ، وإنما ولايتها في الحكم أولى من وليها المسلم فإن لم يرغبوا فولت مسلماً عقد نكاحها فهو أحب إلي من وليها الكافر .

قال ابن المواز : وهذا غلط ، وخلاف لقول مالك / وابن القاسم [وأشهب]^(٣) مع غفلة عن الحجة ، لأن المسلم ليس بولي لها ، فإذا أنكحها من مسلم صار هذا المسلم قد تزوجها بلاولي فنكاحه باطل .
قيل لابن القاسم : فإن كانت هذه النصرانية لاولي لها أرادت نكاح مسلم ، أتولي مسلماً يزوجه منها؟

قال : لا ، ولا يزوجه إلا أهل دينها أساقفتهم^(٤) أو بعض ولايتهم .

قيل له : هل للسيد المسلم أن يزوج أمته النصرانية من نصراني أو غيره؟

قال : نعم ، وليس هذا من قبل الولاية ولكن من قبل أنها ماله^(٥) .

قال الشيخ : وأما تزويجه إياها من غير مسلم فجائز ، وأما من مسلم

(١) انظر : العتبة مع البيان ٢٩٣/٤ ، النوادر والزيادات ل٢/٢١٨ .

(٢) لأنه غير ولي ، انظر : تهذيب الطالب ل٨/ب .

(٣) من النوادر .

(٤) الأساقفة : جمع ، واحدهم الأسقف ، وهو رتبة من رتب النصارى .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢/٢١٨ .

فلا يجوز ، لأن المسلم لا يجوز له نكاح الأمة الكتابية ولا يوطؤها إلا بملك اليمين^(١) ، كان حراً أو عبداً ، كانت لمسلم أو ذمي ، ولا يزوجه سيدها من غلام له مسلم ، قاله مالك في النكاح الثالث^(٢) .

فصل [٢ - في النكاح يعقده عبد]

ومن المدونة : قال مالك : والعبد والمكاتب^(٣) والمدبر^(٤) والمعتق بعضهم والنصراني والمرتد ليس منهم من يلي عَقْدَةَ النكاح ، فإن عقد أحدهم نكاح ابنته البكر أو الثيب برضاها ، وابنة النصراني مسلمة لم يجوز ويفسخ وإن دخل بها ، وللمدخول بها المهر بالميسر .

قال مالك : ولو كانت ابنة العبد حرة فأراد أولياؤها إجازة ذلك^(٥) لم يجوز ، ولا بد من فسخه ، لأن العبد والمكاتب والمدبر لا يجوز لهم أن يعقدوا نكاح بناتهم ولا أخواتهم ولا أمهاتهم^(٦) .

(١) والدليل أن الله تعالى لما أباح نكاح الإماء قال : ﴿فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ قَبَائِكُمْ الْكُوفَرَاتِ﴾ سورة النساء : آية ٢٥ .

فشرط سبحانه وتعالى في نكاحهن الإيمان .

قال ابن العربي عند تفسير هذه الآية : بهذا استدل مالك على أن نكاح الأمة الكافرة لا يصلح ، لأن الله تعالى أباح نكاح المؤمنة ، فكان شرطاً في نكاح الإماء الإيمان .

أحكام القرآن ٣٩٥/١ .

(٢) انظر : المدونة ٣٠٦/٢ .

(٣) المكاتب : هو المعتق على مال مؤجل من العبد موقوف عتقه على أدائه .

انظر : شرح حلود ابن عرفة ٦٧٦/٢ .

(٤) المدبر : قال ابن عرفة : هو المعتق من ثلث ماله بعد موته يعتق لازم .

المصدر نفسه ٦٧٥/٢ .

(٥) أي عقد أبيها لنكاحها .

(٦) المدونة ١٧٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨١ .

قال مالك في كتاب محمد فيما عقده الأب العبد على ابنته أو غيرها ، أو فيما عقده المرأة على ابنتها أو ابنة غيرها أو على نفسها: يفسخ قبل البناء أو بعده ، وإن ولدت الأولاد وطال زمانه أجازته الأولياء أو كان يذنبهم ، كان [ها] ^(١) حَطْبُ أو لم يكن ، ويفسخ بطلقة ، ولها المسمى إن دخلت .
قال أصبغ : ولا ميراث فيما عقده المرأة أو العبد وإن فسخ بطلاق ، لضعف الاختلاف فيه .

قال ابن القاسم : وكذلك عَقْدُ مَنْ فِيهِ بَقِيَّةُ رَقٍّ ^(٢) .
قال مالك : وكذلك إن كانت المرأة أو العبد وصيين على التي عقدا عليها ، فلا يجوز عقدهما ، إلا أن للعبد الوصي أو المرأة الوصية أن يوليا أجنبياً على العقد ، فيجوز وإن كرهه الأولياء ، وإن لم يكونا وصيين فلا يجوز عقدهما ولا استخلافهما ^(٣) .

قال ابن القاسم في العتبية : وإن كان العبد ^(٤) ذَا نَفَازٍ ^(٥) وَنَظَرٍ فليحضر وليسمع من رأيه ^(٦) ، وليس له في الاستخلاف شيئاً ^(٧) .

وقال في الواضحة : وإن جهل العبد فاستخلف غيره ^(٨) فعقد نكاح ابنته الحرة ففسخ ذلك ، وإن فات بالبناء مضى ولم يفسخ ^(٩) .

قال في العتبية : وكذلك النصراني لا يزوج ابنته المسلمة ولا يستخلف من يزوجه ، ولا يطلب في ذلك رضاه إلا أن يكون وصياً لرجل مسلم وأجازته الإمام

(١) من النوادر .

(٢) أي بكتابة أو معتق بعضه .

(٣) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢١٧/ب .

(٤) أي العبد المسلم في تزويج ابنته الحرة .

(٥) المراد بالنفاذ الحجة والمضاء . انظر : اللسان ، مادة (نفذ) .

(٦) قال ابن القاسم : فإن رأى في قوله سداداً رابت أن يتبع .

(٧) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤/٨٦ .

(٨) أي وهو غير وصي .

(٩) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢١٨/ب .

فله أن يستخلف مسماً يلي عقد نكاح بنات الميت^(١) .

قال عبد الوهاب : وإنما لم يجوز عقد العبد^(٢) على النساء ، لأن الرق ينافي ولاية عقد النكاح ، لأن العبد ناقص نقصاً أوجب الكفر ، وهو أصل رقه ، فهو كالكافر فيه ، ولأن كل نقص منع وجوب صلاة الجمعة وتقلد الحكم منع ولاية عقد النكاح على النساء كالنساء^(٣) .

ومن المدونة : قال مالك : والعبد إذا استخلفه حر على البضع فبيوكل غيره على العقد .

قال مالك : وللمكاتب إنكاح إماءه على ابتغاء الفضل ، وإلا لم يجوز^(٤) إذا رد ذلك السيد .

ولا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده^(٥) .

فصل [٣ - في النكاح تعقده امرأة]

قال مالك : ولا تعقد المرأة نكاحاً على أحد من الناس ولا ابنتها ولكن تستخلف رجلاً يعقد لها النكاح إن كانت وصية ، ولها أن تستخلف أجنبياً وإن كان أولياء الجارية حضوراً^(٦) .

(١) انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٤/ ٤٨٦ .

(٢) في أ " البيع " .

(٣) انظر : المعونة ٢/ ٧٤٠ .

وقوله : كالنساء ، أي في كونهن ناقصات بسبب الأنوثة ، فمنعن من مباشرة ما ذكر .
(٤) " وإلا لم يجوز " ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢/ ١٧٦ ، ١٧٧ ، تهذيب المدونة ص ٨١ ، ٨٢ .

(٦) انظر : المدونة ٢/ ١٧٦ .

قال سحنون : قال بعض / الرواة : وذلك أن جميع من سميت ليس بولي^(١) ، [٥٤/ب] فإذا استُخلف أحد منهم على النكاح فليستخلف هو غيره^(٢) ، بذلك جاءت الآثار والسنة^(٣) (٤) .

وروى ابن وهب أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب ميمونة^(٥) ، فجعلت ميمونة أمرها إلى أم الفضل^(٦) ، فولّت أم الفضل العباس فزوّجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم^(٧) .

وروى ابن وهب عن أبي هريرة أنه قال : لا تُزوّج المرأة المرأة ، ولا تُزوّج المرأة نفسها ، فالزانية هي التي تُنكح نفسها^(٨) .

(١) يريد : العبد والنصراني والمترد والمرأة .

(٢) أي فيعتقد المستخلف النكاح .

(٣) لعله يشير إلى ما سيذكره المؤلف من الأحاديث والآثار .

(٤) انظر : المصدر نفسه ١٧٧/٢ .

(٥) هي أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث بن حزن الهلالية ، تزوّجها رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذي القعدة سنة سبع لما اعتمر عمرة القضية ، وبنى بها وهو حلالٌ غير مُحَرَّم بِسَرَفٍ عَلَى عشرة أميال من مكة ، وتوفيت بسرف ، ودُفنت في موضع قُبَّتِها التي بنى بها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة ٥١ هـ .

انظر : الطبقات ١٠٤/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٩١/٤ ، الإصابة ٣٩٧/٤ .

(٦) هي لُبابة بنت الحارث بن حزن الهلالية ، أخت أم المؤمنين ميمونة ، زوجة العباس بن عبد المطلب وأم أكثر بنيه ، روت عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث كثيرة ، وكانت من المنجيات ، ولدت للعباس ستة رجال ولم تلد امرأة مثلهم .

الطبقات ٢١٦/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٨٥/٤ .

(٧) أخرجه أحمد ٣٥٤/١ رقم (٢٤٤٥) وفيه الحجاج بن أرطاة كثير الخطأ والتدليس .

انظر : التقريب ١٨٨/١ رقم (١١٢٢) ، والدارقطني ، كتاب النكاح ، باب المهر ٢٦٣/٣ رقم (٦٩) وفيه ابن لهيعة ضعيف ، انظر : التقريب ٥٢٦/١ رقم (٣٥٧٤) ، وأخرجه الحاكم كتاب النكاح ٣٢/٤ رقم (٦٧٩٥) عن ابن شهاب مرسلًا ، فالحديث ضعيف .

(٨) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ٢٢٧/٣ رقم (٢٩) موقوفًا ، وروى مرفوعًا أخرجه ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ٦٠٦/١ رقم (١٨٨٢) ، والدارقطني ، كتاب النكاح ٢٢٨،٢٢٧/٣ رقم (٣١-٢٥) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي

١٧٨،١٧٧/٧ رقم (١٣٦٣٢-١٣٦٣٥) . -

قلت لابن القاسم : فحديث عائشة رضي الله عنها حين زوجت حفصة^(١) بنت أخيها عبد الرحمن^(٢) من المنذر بن الزبير^(٣) ، أليس قد عقدت عائشة رضي الله عنها النكاح؟

قال : لأعرف تفسيره ، إلا أنني أظن أنها وكت من عقد نكاحها^(٥) .
قال ابن المواز : ولا يثبت أنها عقدته ، فلا يحتج بمثل هذا ، وقد يقال فيمن فعل بأمره^(٦) أن الأمر فعله ، وكما جاء في بريرة^(٧) أنها كانت مكاتبه فاشترتها

قال في الزوائد : في إسناده جميل بن الحسن العتكي ، ذكره ابن حبان في الثقات وقال : يُغرب ، وأخرج له في صحيحه هو وابن خزيمة والحاكم ، وقال مسمة الأندلسي : ثقة .
وباقى رجال الإسناد ثقات .

(١) هي حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ، روت عن أبيها وعن عمته عائشة وعن خالتها أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم سمعاً .
انظر : الطبقات ٣٤٢/٨ .

(٢) هو عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ، شهد مع فريش بدرأً واحداً مشركاً ، وأسند في صلح الحديبية ، كان من الرمة المذكورين والشجعان ، قتل يوم اليمامة سبعة من كبارهم ، توفي بمكة سنة ٥٣ هـ .

انظر : سير أعلام النبلاء ١٠٣/٤ ، شذرات الذهب ٥٩/١ .

(٣) هو المنذر بن الزبير بن العوام بن عويلد ، وأمه أسماء بنت أبي بكر الصديق .
انظر : الطبقات ١٣٩/٥ .

(٤) أخرجه مالك ، كتاب إطلاق ، باب مالايين من التملك ٤٣٦/٢ رقم (١٥) .

(٥) انظر : اللبنة ١٧٨/٢ .

وقد حزم مالك بذلك وذكر سبب فعلها فقال : وذلك لمكانها من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد وكت عائشة رجلاً على العقد .

انظر : النوادر والزيادات ل ٢١٦/ب .

(٦) "بأمره" ليست في أ .

(٧) هي بريرة مولاة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، كانت مولاة لقوم من الأنصار فكاتبوها ثم باعوها من عائشة ، وجاء الحديث في شأنها بأن الولاء لمن أعنت ، وعنت تحت زوجها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت سنة .

الطبقات ٢٠١/٨ ، الإصابة ٢٤٣/٤ ، ٢٤٥ .

عائشة رضي الله عنها ، فصار ولاؤها لها^(١) ، وليس في الحديث أنها عجزت ، فلم يستقم إلا أن يقال : إنها عجزت ، لأنه لا اختلاف في أن ولاء المكاتب لمن عقد كتابته ، إلا أن يعجز ، فعلى هذا يحمل أمر عائشة في التزويج أنها أمرت من عقد النكاح ، وذكر حديث أبي هريرة أنه قال : لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج نفسها ، فإن الزانية هي التي تنكح نفسها^(٢) .

قال الشيخ : وذكر هذا الحديث عبد الوهاب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "لا تنكح المرأة نفسها"^(٣) (٤) .

وقال غير ابن القاسم في المدونة : قد جاء حديث عائشة رضي الله عنها ولكن لم يصحبه عمل ، فهو كغيره من الأحاديث مما لم يصحبه عمل ، وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم : "لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن ، ولا يسرق حين يسرق وهو مؤمن"^(٥) ، وقد أنزل حده على الإيمان ، وقطعه على الإيمان^(٦) ،

(١) أي بأمر الرسول صلى الله عليه وسلم فقد قال لعائشة : "ابناعي فاعتقي ، فإنما الولاء لمن أعتق" .

أخرجه البخاري ، كتاب المكاتب ، باب المكاتب ونجومه في كل سنة نجم ١٢٦/٣ ، ومسلم كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق ١١٤١/٢ رقم (١٥٠٤) .

(٢) سبق تخريجه قريباً .

(٣) سبق تخريجه ص ٤٣ .

(٤) انظر : المعونة ٧٢٧/٢ .

(٥) أخرجه البخاري ، كتاب الحدود ، باب لا يشرب الخمر ١٣/٨ ، ومسلم ، كتاب الإيمان ، باب نقصان الإيمان بالمعاصي ٧٦/١ رقم (١٠٠) .

(٦) فالزاني يحد والسارق يقطع ولا يقام ذلك إلا على المؤمنين لأعلى الكافرين ، فظاهر الحديث متروك ، بل إن النفي في الحديث كمال الإيمان ، قال شيخ الإسلام ابن تيمية : أئمة السنة كلهم متفقون على أن الفساق الذين ليسوا منافقين معهم شيء من الإيمان يخرجون به من النار الفارق بينهم وبين الكفار والمنافقين ، لكن إذا كان معهم بعض الإيمان لم يلزم أن يدخل في الاسم المطلق الممدوح ، وصاحب الشرع قد نفى الاسم عن هؤلاء فقال : "لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن" .

الكلام على حقيقة الإسلام والإيمان ، تأليف شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية ، تحقيق محمود حسن الشيباني (الناشر : بدون ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ) ص ٢٩٣ .

وروي عن الصحابة رضي الله عنهم أحاديث لم يعمل بها ، وأخذ عامة الناس والصحابة بغيرها ، فبقي الأول غير مكذَّب ولا معمول به ، فاترك ما ترك العمل به ، ولا تكذبه ، واعمل بما عمل به ، وصدقه ، وقد صحب العمل قول النبي صلى الله عليه وسلم : " لا تزوج المرأة إلا بولي " ^(١) ، وقول عمر : لا تزوج المرأة إلا بولي ^(٢) ، وإن عمر فرق بين من تزوج بغير ولي ^(٣) ^(٤) .

وقال عيسى عن ابن القاسم : وللرجل أن يستخلف من شاء امرأة أو عبداً أو نصرانياً يعقد نكاحه ^(٥) .

قال : فتعقد المرأة على عبدها نكاحه ، ولا تعقد على أمته ^(٦) ، وكذلك قال ابن حبيب : إن للمرأة أن تلي عقد نكاح من تلي عليه من الذكور ، وكذلك في عبدها ، وأنها لا تعقد على من لا يعقد على نفسه أبداً ^(٧) .
قال الشيخ : وإنما يعقد على من له حل ما عقدت عليه يوماً ما ^(٨) .

(١) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في الولي ٥٦٦/٢ رقم (٥٠٨٣) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء لانكاح إلا بولي ٤٠٧/٣ رقم (١١٠٢) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ٦٠٥/١ رقم (١٨٧٩) كلهم بلفظ : " إنما امرأة لم ينكحها الولي فنكاحها باطل " ، وقال لترمذي : حديث حسن ، ويشهد له حديث " لانكاح إلا بولي " ، أخرجه الحاكم ، كتاب النكاح ١٨٤/٢ رقم (٢٧١١) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ١٧٩/٧ رقم (١٣٦٣٧) بمعناه .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور ، باب لانكاح إلا بولي ١٤٩/١ رقم (٥٣٠) بلفظ : فجلد النكاح والنكح وفرق بينهما ، وسأتي قريباً .

(٤) انظر : المدونة ١٧٨/٢ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٢١٧/ب .

(٦) انظر : المصنوع نفسه ل ٢١٧/ب ، ٢١٨/أ .

(٧) انظر : المصنوع نفسه ل ٢١٨/أ .

والمراد بمن لا يعقد على نفسه المرأة سواء كانت حرة أو أمة .

(٨) وهم الذكور ، لذا قال ابن القاسم : والعبد والمرأة إذا أوصى إلى واحد منهما وكل من يعقد

على البنات ، ولهما العقد على من يليها من الذكور ، وكذلك النصراني يقوِّض إليه ، وإنما يعقلوا على من يعقد على نفسه يوماً ما .

انظر : النوادر والزيادات ل ٢١٨/أ .

[الباب الثاني عشر] في النكاح بغير إذن الولي

[فصل ١ — في ذكر ما يدل على تحريم النكاح بغير إذن الولي وعقوبة فاعله]

روى ابن وهب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لا تنكح المرأة بغير إذن وليها ، فإن نكحت فنكاحها باطل ، وأعادها ثلاث مرات ، فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له" ^(١) .

قيل لمالك فيمن يزوج امرأة بغير أمر الولي بشهود : أيضرب أحد منهم؟ فقال : أو دخل بها؟

قالوا : لا ، وأنكر الشهود أن يكونوا حضوراً .
فقال : لا عقوبة عليهم .

قال ابن القاسم : إلا أنني رأيت منه أنه لو دخل عليها لعوقبت المرأة والزوج والذي ^(٢) / أنكح ، ويؤدب الشهود أيضاً إن علموا ^(٣) .

[١/٥٥]

قال ابن وهب : وروى عن عمر بن الخطاب في ركب جمعتهم اطريق ، فولت امرأة أمرها غير ولي فأنكحها رجلاً منهم ، ففرق عمر بينهما ، وعاقب الناكح والمنكح ^(٤) .

وكتب به عمر بن عبد العزيز إلى أيوب بن شرحبيل ^(٥) : أنما رجل نكح

(١) سبق تخريجه ص ٤٣ .

(٢) في أ ، ب "والزوج الذي" .

(٣) انظر : المندونة ١٧٧/٢ ، ١٧٨ ، تهذيب المندونة ص ٨٢ .

(٤) سبق تخريجه ص ٨٤ .

(٥) هو أيوب بن شرحبيل بن أبرهة الأصمعي ، من بني الصباح ، أمير من النبلاء الصلحاء ، ولي مصر لعمر بن عبد العزيز أول سنة ٩٨ هـ ، وحسنت أخوالها في أيامه ، توفي سنة ١٠١ هـ .

انظر : الأعلام ، تأليف خير الدين الزركلي (دار العلم للملايين ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٤ م) ٣٨/٢ .

امراة بغير إذن وليها انتزعت منه امرأته ، وعاقب الذين أنكحوا^(١) .

[فصل ٢ — في ما يترتب على النكاح بغير إذن الولي إن فعل]

قال مالك : ويكره لرجل أن يتزوج امرأة بغير إذن وليها^(٢) .
قال ابن القاسم : فإن فعل كره له وطوها حتى يعلم وليها فيجيز أو يفسخ ، ولو أن امرأة استخلفت رجلاً فزوجها بغير إذن الولي ، ففسخه الإمام أو وليها عند الإمام ، فليفسخه بطلقة بائنة ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، ثم إن أرادته زوجها إياه الإمام مكانها وإن كره الولي ، إذا دعت إلى سداد وإن لم يساو حسبتها ولاغناها ، وكان مرضياً في دينه وعقله ، وهذا إذا لم يكن دخل بها^(٣) .
قال الشيخ : يريد : ولو كان دخل بها لم ينكحها حتى تستبرأ بثلاث حيض^(٤) .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران في قوله : وهذا إذا لم يكن دخل بها ، قال : إن كان الاشتراط من قول ابن القاسم فهو خلاف الذي ذكر ابن حبيب .
والذي ذكر ابن حبيب قال : قال مالك : إن كان نكاحاً ليس لأحد إجازته فلا يتزوجها في الاستبراء منه ، وإن كان للولي أو السلطان إجازته فله أن يتزوجها في عدتها منه قبل تمامها^(٥) .

قال أبو عمران : فإن كان هذا الاشتراط من لفظ سحنون فقد مر على مذهبه^(٦) ، لأنه قال في العبد يتزوج بغير إذن سيده فيجيز السيد نكاحه : أنه يستبرئ بعد إجازة السيد ، وقاله ابن الماجشون معه .

(١) انظر : المدونة ١٦٦/٢ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ١٧٨/٢ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ١٧٨/٢ ، ١٧٩ ، تهذيب المنونة ص ٨٢ .

(٤) لأن كل نكاح قد تم فسخه بعد الدخول فلا بد فيه من استبراء المرأة بثلاث حيض .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ١/١٢٠ .

(٦) انظر : المسونة ١٧٩/٢ .

وكذلك كل عقد كان فاسداً ثم أجزى فلا بد فيه من الاستبراء ، بخلاف من تزوج بصدوق فاسد ، هذا إذا ثبت بالدخول لاستبراء فيه .
وكذلك الذي يكون عقده صحيحاً ثم يطوها وطاً فاسداً مثل وطء الحائض والصائمة في رمضان ، لاستبراء في هذا الوطء^(١) .

قال الشيخ : لأن الاستبراء في مثل هذا إنما يقع في ابتداء النكاح أو ماضارعه مما للولي فسخه أو إجازته كابتداء نكاح ، وأما نكاح لا تعقب لأحد في إجازته فلا استبراء في وطئه .

قال الشيخ : يريد : ولو كان دخل بها لم ينكحها حتى تستبرأ بثلاث حيض .

قال ابن القاسم : وإن كان وليها غائباً وقد استخلفت رجلاً فزوجه فرفعت هي أمرها إلى الإمام قبل قدوم وليها ، نظر الإمام في ذلك وبعث إلى وليها إن قرب^(٢) ، وإن بعدَ نظر كنفظر الغائب في الرد والإجازة^(٣) .

وقال غيره : إن كانت غيبة الولي بعيدة لم ينتظر ، وينبغي للإمام أن يفرق بينهما ويأتمن نكاحها منه إن أرادته ، ولا ينبغي أن يثبت نكاحاً عقده غير ولي في ذات الحال والقدر^(٤) .

قال ابن القاسم : وإذا تزوجت امرأة بغير إذن الولي فأراد الولي أن يفرق بينهما فالفرقة في مثل هذا لا تكون إلا عند السلطان ، إلا أن يرضى الزوج بالفراق دونه .

وإن تزوجت ولم تستخلف أحداً لم يقر هذا النكاح في دنيئة ولا غيرها ، ويفسخ وإن ولدت الأولاد ، لأنها هي عقدت النكاح ، ولا يجوز ذلك على حال^(٥) .

(١) انظر : تهذيب الطالبي ل ١٢/أ، ب .

(٢) فيفرق أو يترك .

(٣) قال ابن القاسم : وإن كان بعيداً نظر السلطان في ذلك على قدر ما يرى مع اجتهد أهل العلم فإن رأى الترك خيراً لها تركها وإن رأى التفرقة خيراً لها فرق بينه وبينها . المدونة ١٧٩/٢ .

(٤)، (٥) انظر : المصدر نفسه ١٧٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ .

قال / ابن القاسم : ويدراً عنها الحد^(١) .

وإن زوجها وليها من رجل ، ثم طلقها ذلك الرجل ثم خطبها فليس له نكاحها إلا بعقد الولي أيضاً ، والنكاح الأول والثاني سواء^(٢) .

وقال ابن القاسم : من أعتق أم ولده وله منها أولاد رجال ثم أنكحها سيدها من نفسه أو من غيره برضاها جاز وإن كره ولدها ، لأن المولى ولي^(٣) .
وبالله التوفيق .

(١) انظر : المدونة ١٧٩/٢ ، وكذلك يدراً عن زوجها ، انظر : التفريع ٣٢٢/٢ ، وسبب درء الحد عنهما لكونهما اعتقداً صحته فيكون من الوطاء بشبهة ، وكل وطاء بشبهة يدراً فيه أحد .
(٢)، (٣) انظر : المدونة ١٨٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ .

[الباب الثالث عشر] في النكاح الذي يفسخ بطلاق أو بغير طلاق

[فصل ١ - في النكاح الذي يفسخ بطلاق]

قال مالك : كل نكاح يكون للولي أو لأحد الزوجين أو لغيره امضاؤه أو فسخه ، فإن فسّخه إياه بطلاق ، وتكون تطليقة بائنة^(١) .

قال ابن القاسم : ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ ، مثل التي تتزوج بغير أمر الولي ، فيطلقها الزوج قبل البناء أو بعده ، فإنه يلزمه ماطلقها ، وكذلك إن خالعهما على مالٍ أخذ منها قبل أن يحيز الولي ، ثم أبى الولي أن يحيز ، فإن الزوج يحل له ماأخذ منها ، لأن طلاقه يقع عليها بما أعطته .

قال ابن القاسم : لأن فسّخ هذا النكاح عند مالك لم يكن على وجه تحريم النكاح ، ولم يكن عنده بالأمر البين ، وقد سمعته يقول : مَافَسَّخَهُ بِأَبِين وَلَكِنَّهُ أَحَبَّ إِلَيَّ .

فقلت له : أترى أن يفسخ وإن أجازه الولي؟

فوقف عنه ، فعرفت أنه عنده ضعيف^(٢) .

وقال غيره في التي خالعهما على مال : يرد المال ، لأن للولي الإجازة أو الفسخ ، مثل التي تتزوج رجلاً فتختلع منه ، ثم يظهر أنه كان مجنوناً أو مجذوماً^(٣) ، فالخلع ماض ، وترجع عليه بما أخذ منها ، لأنها أملك لفراقه^(٤) .

(١) انظر : المدونة ١٨١/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ .

(٢) قال ابن القاسم : وأرى فيه أنه جائز إذا أجازه الولي .

انظر : المدونة ١٨٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ .

(٣) الجذام : داءٌ معروفٌ بأكل اللحم ، وقد جُذِمَ الرجل بضم الجيم فهو مجذوم ، ولا يقال : أجدّم .

تنبيه الطالب ص ٤٦ .

(٤) من أجل العيب الذي ظهر فيه ولم تكن علمت به .

[فصل ٢ — في النكاح الذي يفسخ بغير طلاق]

وقال ابن القاسم غير مرة هو وأكثر الرواة : إن كلَّ نكاح كانا مغلوبين على فسحه مثل نكاح الشغار ونكاح المريض^(١) والمحرم^(٢) ، وما كان صداقه فاسداً ، أو عقداً على أن لاصداق فيه فأدرك قبل البناء فكانا مغلوبين على فسحه ، فالفسخ في ذلك كله بغير طلاق ، ولا يقع فيه طلاق ، ولا ميراث فيه^(٣) .

قال ابن القاسم : وما عقدته المرأة على نفسها أو على غيرها ، وما عقده العبد على غيره ، فإن هذا يفسخ قبل البناء وبعده بلاطلاق ، ولا ميراث فيه ، وهكذا قال مالك : إن كل نكاح يفسخ على كل حال فالفسخ فيه بغير طلاق^(٤) .
قال الشيخ : وقد تقدم لمالك في كتاب محمد : أن ما عقدته المرأة على نفسها فالفسخ فيه بطلاق^(٥) .

(١) سيأتي تفصيله في باب .

(٢) لأن المحرم لا يصح نكاحه ، لما روى عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "لَا يَنْكِحُ الْمُحْرَمُ وَلَا يُنْكَحُ وَلَا يَخْطُبُ" .
أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم ، وكراهة خطبته ١٠٣٠/٢ رقم (١٤٠٩) .

(٣) ورأى ابن القاسم الأخير أنه يفسخ بطلاق لرواية بلغته عن مالك ، كما ذكر عنه سحنون في المدونة .

انظر : المدونة ١٨١/٢ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ١٨١/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ .

(٥) سواء كان قبل البناء أو بعده ، أجازته الأرباء أو كان بإذنهم ، كان لها خُطْبُ أو لم يكن ، وها المسمى بالدخول .

انظر : التواضع والزيادات ل ٢١٧/ب .

قال ابن القاسم : وكل ما فسخ بعد البناء مما فسد لعقده ففيه المسمى^(١) ،
وما فسخ من جميع ما ذكرت قبل البناء فلا صداق فيه ، وترده إن قبضته^(٢) .
قال الشيخ : وإنما قال ذلك^(٣) لقوله صلى الله عليه وسلم : " فإن أصابها
فلها مهرها بما أصاب منها"^(٤) . وفيه دليل أنه إن لم يصبها فلا مهر لها .
قال ابن القاسم : وإن قذفها الزوج في النكاح الذي لا يقرآن عليه على حال
لأعن ، لثبوت النسب فيه^(٥) ، وإن ظاهر منها لم يلزمه ظهار إلا أن يريد بقوله : إن
تزوجتك ، من ذي قبل ، فهذا إن تزوجها تزويجاً صحيحاً لزمه الظهار .
وإن آلى منها لم يلزمه الإيلاء ، لأنه أمر بفسخ ، ولكن إن تزوجها بعد^(٦)
هذا النكاح المفسوخ لزمه الإيلاء^(٧) ، لأنه لو قال لأجنبية : أنت طالق ، لم يلزمه
شيء ، ولو قال لها : والله لأطوك ، ثم تزوجها كان مؤلياً منها عند مالك^(٨) ، وإنما
الظهار بمنزلة الطلاق .

ولو قال لأجنبية : أنت طالق ، لم يلزمه شيء إلا أن يريد بقوله : إن تزوجتك
فأنت طالق ، فهذا إن تزوجها فهي طالق ، وكذلك الظهار ، ثم قال ابن القاسم
لرواية / بَلَّغْتُهُ عَمَّنْ يَرْضَاهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ : إن كلَّ نكاح نصَّ الله تعالى ورسوله
عليه الصلاة والسلام على تحريمه لا يختلف فيه فإنه يفسخ بغير طلاق ، وإن طلق فيه
قبل الفسخ لم يلزمه ، ولا يتوارثان كمتزوج الخامسة أو أخته من الرضاة ، أو المرأة

(١) ولا يلتفت إلى مهر المثل .

(٢) لأن المرأة لا تستحق المهر إلا بالدخول .

انظر : المدونة ١٨١/٢ ، ١٨٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ .

(٣) أي لاصداق فيما فسخ قبل البناء .

(٤) وهذا جزء من حديث " لا تنكح المرأة بغير إذنها " ، وقد سبق تخريجه ص ٤٣ .

(٥) ولأنه يخاف الحمل . انظر : المدونة ١٨٤/٢ .

(٦) في " ن " .

(٧) لقول مالك : كل يمين مفعته من الجماع فهر بها مول .

انظر : المصدر نفسه ١٨٤/٢ .

(٨) لأن مالكاً قال : كل من لم يستطع أن يجامع إلا بكفارة فهو مول .

انظر : المصدر نفسه ١٨٤/٢ .

في عدتها ، أو على عمتها ، أو على خالتها ، أو على أمها قبل أن يدخل بها ، ولا تحرم بهذا النكاح إن لم يمس فيه على آبائه وأبنائه ، ولا يكونان به إن مسها فيه ^(١) مُحَصَّنَيْن .

وقال غيره في الذي يتزوج امرأة ولم يدخل بها حتى تزوج ابنتها فعلم بذلك وفسخ نكاح الابنة : أن الابنة لا تحل لآبائه ولأبنائه لشبهة العقد ^(٢) .

قال الشيخ : وقول الغير ^(٣) يدخل في التي تتزوج على أختها أو عمتها أو خالتها وإن دخل بهن ، لأنها تحل له بعد الفسخ إن فارق الأولى ^(٤) ، وأما لو دخل بالأم ثم تزوج البنت فسخ نكاحه قبل البناء ، فإنه لا تحرم هذه الابنة على آبائه ولأبنائه في قول ابن القاسم وغيره ^(٥) .

قال ابن القاسم : وكل ما اختلف الناس في إجازته أو رده فالفسخ فيه بطلاق ^(٦) ، ويقع فيه الطلاق والميراث قبل الفسخ كالمرأة تزوج نفسها ، أو تنكح بغير ولي ، والأمة تتزوج بغير إذن السيد ، لأن هذا قد قال خلق كثير : إن إجازته الولي جاز ، ألا ترى أنه لو زوجت امرأة نفسها فرفعت ذلك إلى قاض يجيز ذلك ، وهو رأي [بعض] ^(٧) أهل المشرق ، ففضى به وأنفذه حين إجازته الولي ، ثم أتى قاض ممن لا يجيزه أكان يفسخه؟ ولو فسخه لأخطأ في قضائه ^(٨) .

(١) انظر : المصدر نفسه ١٨٤/٢ ، ١٨٥ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ .

(٢) انظر : المدونة ١٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ .

(٣) أي غير ابن القاسم .

(٤) لأن المذكورات يحرم من جهة الجمع .

وقد ذكر المصنف أن الثانية تحل له بعد الفسخ إن فارق الأولى ، أم إن لم يفارقها فنكاحها صحيح ، ونكاح الثانية باطل ، ويفسخ قبل السخول وبعده ، دخل بالأولى أو لم يدخل بها .

انظر : التفريع ٦٤/٢ ، المعونة ٨٠٨/٢ .

(٥) لأنه يكون من النكاح المحرم ، فلا تقع به الحرمة كما تقدم ، فإن بنت الزوجة تحرم إذا دخل بأماها ، قال تعالى : ﴿ وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ سورة النساء : آية ٢٣ .

(٦) وهذا هو قول ابن القاسم الثاني .

(٧) من المدونة .

(٨) انظر : المدونة ١٨٢/٢ ، ١٨٣ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ .

وهكذا كلُّ نكاح اختلف الناس في إجازته أو فسخه إذا رُفع إلى قاض فحكم بإجازته ، ثم رُفع بعد ذلك إلى غيره ، لم يكن له نقضه ، لأن غيره قد حكم به ، وهو مما اختلف فيه^(١) .

قال ابن القاسم : وكذلك نكاح المحرم والشغار بعينه أحب ما فيه إليَّ أن يفسخ بطلاق^(٢) ، ويكون فيه الميراث ، لأنه قد اختلف فيه^(٣) .

قال الشيخ : وتحصيل ما يفسخ بطلاق أو بغير طلاق في قول ابن القاسم هو: أن كل نكاح لأحد الوليين أو الزوجين إجازته أو فسخه فلم يختلف قوله أن الفسخ فيه بطلاق ، وأن كل مانص الله تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام على تحريره لا يختلف فيه ، فالفسخ فيه بغير طلاق ، واختلف قوله فيما اختلف الناس فيه فقال : يفسخ بغير طلاق ، وقال : بل بطلاق^(٤) ، وكل ما فسخ بطلاق ففيه الميراث على قوله هذا ، وكل ما فسخ بغير طلاق فلا ميراث فيه .

[فصل ٣ — في تطليق العبد امرأته قبل إجازة السيد نكاحه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا نكح عبد بغير إذن سيده وطلق امرأته قبل أن يجيز السيد نكاحه ، أو أعتقت أمة تحت عبد فطلقها زوجها قبل أن تختار ، فالطلاق لازم ، كان واحدة أو البنات^(٥) ، فإن فسخ السيد نكاح عبده قبل البناء لم يجز للعبد أن يتزوج أمها^(٦) ، وكذلك كل ما فسخ نكاحه قبل البناء مما اختلف

(١) انظر : المدونة ١٨٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ .

(٢) خلافاً لقوله المتقدم من أنه يفسخ بغير طلاق . انظر ص ٩ .

(٣) انظر : المدونة ١٨٥، ١٥٣/٢ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ١٨١/٢ .

(٥) أي سواء طلقها طليقة واحدة أو طلقتين ، لأن العبد يملك طلقتين ، وسيأتي تفصيل ذلك في بابه .

(٦) لأنها صارت أم زوجته ، وأم الزوجة تحرم بالعقد على بنتها ، وهي محرمة بنصر القرآن ، فقد قال تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ - إلى أن قال : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ . سورة النساء آية ٢٣ .

الناس فيه ، فإنها لا تحل لأبيه وللاولاد ، لأن كل نكاح يختلف الناس فيه فالحرمة تقع فيه كالحرمة في النكاح الصحيح الذي لا يختلف فيه .

فصل ٤ — في تزويج الغائب بغير أمره

وقد روي عن مالك في رجل زوّج ابنة البالغ المالك لأمره وهو غائب بغير أمره ، ثم أتى الابن فأنكر ما صنع أبوه ، قال : لا ينبغي للأب أن يتزوج تلك المرأة^(١) .

قال مالك : وإن زوّج أجنبي غائباً بغير أمره فأجاز إذا بلغه لم يجوز هذا النكاح / وإن رضي إذا طال ذلك ، ولا يتزوجها أبوه ولا أجداده ولا ولده ولا ولد ولده .
قال ابن القاسم : ولا ينكح هو أمها ، وينكح ابنتها إن لم يين بالأم^(٢) .
وقال المغيرة وابن الماجشون وابن دينار^(٣) : إذا قدم الغائب فلم يررض فلا يقع بذلك التحريم ، وروي لمالك^(٤) .

قال عبد الملك : وإن أجازته القادم ففسخناه فإن الحرمة تقع به حينئذ^(٥) .
قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : أنه نكاح يختلف في جوازه إن أجازته الزوج ، ولأنه يجوز عندنا إن أجازته بالقرب^(٦) ، فوجب أن تقع به الحرمة كالنكاح الذي لأحد الزوجين إجازته أو فسخه .

(١) لأنها صارت من حلال أبنائه ، وهن محرمات بنص القرآن ، فقد قال تعالى في آية المحرمات السابقة ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ .

قال ابن الجلاب : ويجرم على الأب زوجات الابن ، دخل بهن أو لم يدخل بهن مات عنهن أو طلقهن . التفريع ٤٤/٢ .

(٢) انظر : المسونة ١٨٤/٢ - ١٩٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ .

(٣) هو محمد بن إبراهيم بن دينار . وقد سبقت ترجمته في الباب الأول ص ٧ .

(٤) ، (٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٢٤/١ .

(٦) أي إن أجازته الغائب حين بلغه خبر هذا النكاح .

قال ابن المواز : وأحب إلينا في الابن الكبير البالغ عنه ألا يفسخ بعد البناء إذا رضي حين بلغه وقاله ابن القاسم .

انظر : المصدر نفسه ل ٢٢٤/١ .

ووجه رواية عبد الملك : أنه إنما تقع الحرمة في نكاح اتفق الزوجان على عقده بغير مؤامرة الولي ، وكان للولي الخيار فيه ، أو كان بأمر الولي فوجد أحد الزوجين بالآخر عيباً فوجب له الخيار في فسخه ، فهذا تقع الحرمة فيه لاتفاق الزوجين على عقده ، وأما الغائب فم يأمر بنكاحه من هذه ولارضيه فلا يجب أن تقع الحرمة فيه .

قال الشيخ : وإذا لايشأ^(١) أحد أن يمنع رجلاً نكاح امرأة أراد نكاحها إلا ذهب إليها ورغبها في انصداق ، وأنكحها من أبيه أو ابنه بغير أمره فأوقع الحرمة بينهما وهذا من الضرر^(٢) .

فصل ٥ : — [في حق السيد في التطليق على عبده إن نكح بغير إذنه]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا نكح عبد بغير إذن سيده فللسيد أن يطلق عليه واحدة بائنة أو طلقتين جميع طلاق العبد .
قال الشيخ : لأنه لما نكح بغير إذن السيد صار طلاقه بيد السيد ، فله أن يُبَيِّنَهَا منه كما كان ذلك للعبد .

قال مالك : فإن طلق عليه طلقتين ، لاثمل له حتى تنكح زوجاً غيره^(٣) .
وقال أكثر الرواة : لا يطلق عليه إلا واحدة ، لأن الواحدة تُبَيِّنُهَا وتُفَرِّغُ له عبده .

قال مالك : وللأمة إذا عتقت تحت العبد أن تختار نفسها بالبتات .

(١) أي لا يستطيع .

(٢) فيكون الحكم بعدم إيقاع الحرمة بهذا النكاح من باب سد الذرائع ، ومعاملة للمعاقد بتقيض

قصده ، والله أعلم .

(٣) لأن الطلقتين جميع طلاق العبد .

قال ابن القاسم : وإنما جعل ذلك لها مالك لأنه ذكر عن ابن شهاب في زبراء^(١) أنها قالت : ففارقته ثلاثاً^(٢) ، فبهذا الأثر أخذ مالك ، وكان يقول مرة : لا تختار إلا واحدة بائنة ، وقاله أكثر الرواة^(٣) .

قال الشيخ : فوجه الأولى : أنها ملكت ما كان يمكنه من الفراق ، فلها أن تفارقه بما شئت كَهَوَ .

وجه الثانية : أن الواحدة تبينها منه^(٤) ، وتملك نفسها بها ، فالزيادة على ذلك ضرر ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : "لا ضرر ولا ضرار"^(٥) فَمُنِعَتْ أَنْ تُضَرَّ به^(٦) .

(١) وهي مولاة لبني عدي .

(٢) وهو في الموطأ : عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير : أن مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرتني أنها كانت تحت عبد ، وهي أمة يومئذ ، فعتقت ، قالت : فأرسلتني إلى حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فدعيتني فقالت : إني غُفِرَتْكِ خيراً ، ولأحب أن تصنعي شيئاً ، إن أمرك بيدك ما لم يحسبك زوجك ، فإن مسك فليس لك من الأمر شيء ، قالت : فقلت : هو الطلاق ، ثم الطلاق ، ثم الطلاق ، ففارقته ثلاثاً .

كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخيار ٤٤٢، ٤٤١/٢ رقم (٢٧) .

(٣) انظر : المدونة ١٨٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ .

(٤) قال سحنون : فإن طلقت نفسها واحدة أتكون بائنة في قول مالك؟ قال - أي ابن القاسم - : نعم . المدونة ١٨٣/٢ .

(٥) سبق تخريجه ص ٥٤ .

(٦) ووجه الضرر - والله أعلم - أنه لو عتق وكانت قد اختارت البنات عند فراقها ، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، بخلاف ما لو فارقته بواحدة فيجوز له نكاحها .

[الباب الرابع عشر]
في إنكاح الرجل أم ولده ومكاتبته ومدبرته
وأمنته وعبدته كرها
وفي تزويج الأمة والعبد بغير إذن سيده

[فصل ١ — في إكراه الرجل أم ولده ومكاتبته
ومدبرته على النكاح]

قال ابن القاسم : وكره مالك أن يزوج الرجل أم ولده .
 قال ابن القاسم : فإن فعل لم يفسخ^(١) .
 قال ابن حبيب : اختلف قول مالك في جواز إكراهه إياها على النكاح ،
 فأجازه مرة إذا زوّجها ممن يشبهها ، ثم رجع فقال : لا يزوجه إلا برضاها ، وكان
 أحب إليه أن لا يزوجه أصلاً على وجه التزوّ^(٢) .
 قال ابن المواز : له أن يُكره أم ولده ومكاتبته ومدبرته على النكاح^(٣) .
 وقال في كتاب المكاتب : ولا يزوج مكاتبته إلا برضاها^(٤) .

[فصل ٢ — في إكراه الرجل عبده وأمنته على النكاح]

ومن المدونة : قال مالك : وله أن يُكره عبده أو أمنته على النكاح^(٥) .
 قال في كتاب ابن المواز : وليس له أن يضر به / فيزوجه مالاخير فيه^(٦) .

[٥٧/]

-
- (١) انظر : المصدر نفسه ١٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ .
 (٢) إلا أن يخاف عليها .
 انظر : النوادر والزيادات ل ٢١٩/أ .
 (٣) والذي في النوادر : وله أن يُكبح ، دون ذكر للإكراه .
 (٤) المصدر نفسه ل ٢١٨/ب ، ٢١٩/أ .
 (٥) انظر : للمدونة ١٧٤/٢ .
 (٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٢١٨/ب وهو من قول مالك .

قال عبد الوهاب : وقال الشافعي : ليس له أن يُكره العبد^(١) .
 ودليلاً : قوله تعالى : ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ
 وَإِمَائِكُمْ﴾^(٢) ولم يشترط رضاهم ، ولأنه عقد على منفعة كالإجارة ، ونقيس العبد
 على الأمة^(٣) .

ابن المواز : قال مالك في العبد نصفه حر : لا يزوجه سيده إلا برضاه ،
 ولا يزوجه هو إلا برضى سيده ، وكذلك الأمة نصفها حر لا يتم نكاحها إلا برضاها .

[فصل ٣ - في تزويج السيد معتقه إلى أجل]

واختلف قوله في المعتقة إلى أجل فقال : يزوجهها بغير رضاها ، وقال :
 لا يزوجهها إلا برضاها .

قال أشهب : له أن يزوجهها كما له أن ينتزع مالها^(٤) ، وكذلك روى ابن
 القاسم عن مالك .

قال ابن المواز : مَنْ له انتزاع مالها فله إكراهها^(٥) ما لم يطلب بذلك
 ضررها^(٦) .

قال الشيخ : يريد : فإذا قرب أجل عتقها لم يكن له أن يزوجهها كرهاً كما
 ليس له أن ينتزع مالها^(٧) .

(١) انظر : الأم ٦٦/٥ ، التنبيه ص ١٥٧ .

(٢) سورة النور : آية ٣٢ .

(٣) أي في أن السيد يملك إحبارها على النكاح كأمته بجماع ثبوت الرق فيهما .

(٤) انظر : المعونة ٧٤١/٢ .

(٥) وله أن يسافر بها بخلاف المعتق بعضه .

(٦) أي على النكاح .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل ٢١٨/ب .

(٨) لأن ذلك من الإضرار بها .

وكذلك في العتبية عن ابن القاسم قال فيها في الموصى بعقها إلى أجل وهي
تخدم الورثة : فليس لهم إكراهها على النكاح ولكن برضاها ، ولأهم انتراع مالها
قرب الأجل أو بعد .
وقاله سحنون ، ولأنها به قومت في الثلث^(١) .

فصل [٤ — في تزويج السيد عبده على أن الطلاق بيد السيد]

ومن الواضحة : قال ابن الماجشون : ولا يجوز أن يزوج عبده على أن
الطلاق بيد سيده ويفسخ وإن بنى بها مضي ويطل الشرط^(٢) .

فصل [٥ — في زواج العبد والأمة بغير إذن السيد]

ومن المدونة : قال مالك : ولا يتزوج عبد أو أمة بغير إذن سيده^(٣) .
قال الشيخ : لقوله تعالى في آخر الآية بعقب ذكر الإماء : ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ
بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾^(٤) ، وقال صلى الله عليه وسلم : "أما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو
عاهر"^(٥) وهذا أبلغ شيء في الحظر عليه ، رواه عبد الوهاب^(٦) .

(١) فصار ذلك كعضو منها ، انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٩، ٣٨/٥ .

(٢) انظر : الترادد والزيادات ل ٢١٩/ب .

(٣) انظر : المدونة ١٨٨/٢ .

(٤) سورة النساء : آية ٢٥ .

قال ابن العربي : قوله تعالى : ﴿بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ دليل على أن المملوكة لا تنكح إلا بإذن أهلها ،
وكذلك العبد لا ينكح إلا بإذن أهله وسيده . أحكام القرآن ٤٠٠/١ .

(٥) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في نكاح العبد بغير إذن سيده ٥٦٣/٢ رقم (٢٠٧٨)

والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده ٤١٩/٣ رقم (١١١١) ،

١١١٢ وقال : حسن صحيح ، وابن ماجه ، كتاب الناح ، باب تزويج العبد بغير إذن سيده

٦٣٠/١ رقم (١٩٥٩) بلفظ "إذا تزوج" ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢١١/٢ رقم (٢٧٨٧)

وقال : صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي .

(٦) انظر : المعونة ٧٤٠/٢ .

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج أمة رجل بغير إذنه لم يجز النكاح وإن أحازه السيد ، ويفسخ وإن ولدت الأولاد .

قال ابن القاسم : ولو أعتقها السيد قبل علمه بالنكاح لم يكن بُدُّ من فسخه .
قال مالك : وإذا فُرق بينهما بعد البناء فلا ينكحها الزوج إلا بعد العدة من مائه الفاسد^(١) ، وإن كان نسبُ مافي بطنها يثبت منه .

قال ابن القاسم : وكذلك إن اشتراها الزوج في تلك العدة فلا يطؤها حتى تنقضي عدتها لفساد مائه .

قال مالك : وكل وطء كان فاسداً يلحق فيه الولد ففرق بين الزوج والمرأة فلا يتزوجها حتى تنقضي عدتها .

ولو باع الأمة رجل ، أو باعت هي نفسها بغير إذن السيد فأحازه السيد جاز ، فإن قال المشتري : لأقبل البيع ، فلا كلام له ، والبيع له لازم^(٢) .

قال عبد الوهاب : تزويج الأمة بغير إذن السيد على وجهين : فإن باشرت العقد على نفسها لم يجز وإن أحازه السيد ، فالنكاح فاسد ، ولا يلتفت إلى إجازة السيد ، لأن فساده في العقد لحقَّ الله تعالى ، وإن ردت أمرها إلى رجل فعقد عليها فروايتان :

إحدهما : أنه كعقدها على نفسها^(٣) ، لأن السيد يزوج بالملك ، وغيره يزوج بالولاية وذلك غير متفق .

- قال الشيخ : وهذا مذهب المدونة^(٤) - .

والأخرى : أنه يجوز بإجازة السيد كما لو أذن لهذا العاقد لحاز عقده ، وكذلك لعده أن يعقد على نفسه ، فروعه بغير إذنه موقوف على الإجازة والرد^(٥) .

(١) لأنه وطئها في نكاح فاسد لعدم إذن السيد به .

(٢) انظر : المدونة ١٨٦/٢ ، ١٨٧ ، تهذيب المدونة ص ٨٢ ، ٨٣ .

(٣) أي في أن النكاح فاسد .

(٤) انظر : المدونة ١٨٦/٢ ، ١٨٧ .

(٥) انظر : المعونة ٧٤٣/٢ .

قال ابن المواز : ومن اشترى جارية / من رجل وهو يعلم أنها ليست له [٥٧/ب] فوطئها فهو زان ، وعليه الحد ، وولده رقيق لسيد أمهم ، بخلاف أن لو زوجته الأمة نفسها وأخبرته أنها حرة وهو يعلم أنها كاذبة فيطؤها بعد العلم ، فلا يكون على هذا حد ، ويلحق به نسب ولده ، وهم وأمهم رقيق لسيدها ، ويفسخ نكاحها ، لأنه تزوجها بغير إذن لسيد . وجعلت الولد رقيقاً ، لأنه تزوجها وهو عالم أنها أمة ، وهذا إذا أشهد على إقراره قبل تزويجه إياها فلا ، لأنه يُتهم أن يُرَقَّ بذلك ولده ، ويدفع عن نفسه غرم النفقة فيهم ، فلا يصدق ، ويكونون أحراراً وتلزمه قيمتهم .

قال أشهب : وإن كان عبداً أُتبع بقيمتهم ديناً ، ولا قيمة عليه فيمن مات منهم قبل ذلك ولا على الولد المورس قيمة نفسه وإن كان الأب عبداً .

[فصل ٦ - في تزويج الأمة أو العبد بين السيدين]

ومن المدونة : قال : ولا تنكح أمة ولا عبد بين رجلين إلا بإذنهما ، فإن عقد للأمة أحد الشريكين بصدّاق مسمّى لم يجز وإن أجازه الآخر ، ويفسخ وإن دخلت ، ويكون بين السيدين الصداق المسمى إن دخلت ، فإن نقص عن صداق المثل تم للغائب نصف صداق المثل إن لم يرض بنصف التسمية^(١) .

[قال الشيخ] - يريد إن أخبر العاقد الزوج أنه إنما يملك نصفها ، فأما إن غره فقال : هي حرة ، أو قال : هي لي وحدي ، فها هنا يرجع الزوج على العاقد بكل ما غرمه للشريك الغائب ، ويرجع على العاقد أيضاً بما دفع إليه إلا نصف ربع دينار^(٢) .

(١) انظر : المدونة ١٨٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

ويكمل للعبد الغائب نصف الصداق المسمى حتى يبلغ نصف صداق مثلها ، لأن ذلك حقه ، وقد تسبب شريكه بنقصه عنه حيث زوج الأمة بأقل من صداق مثلها .

(٢) لأن ربع دينار هو أقل ما يسمى من الصداق كما سيأتي في كتاب النكاح الثاني ، والمزوجة هنا أمة مشتركة فيستحق السيد العاقد ثمن دينار .

قال ابن حبيب : وإذا نكح عبد بإذن أحد سيديه فلا يخبر أن يفسخ نكاحه ،
ويأخذ من المرأة جميع ما أصدقها ، فيكون ذلك بيد العبد مع ماله إلا أن يجتمعا على
قسمه ، ولا يترك لها منه ثلاثة دراهم [ولاحظة لها] ^(١) إذا كانت تعلم أن الآذن فيه
شريك ، فإن اقتسما الصداق أو ماله فلها أن تأخذ من الآذن حصته من الصداق ،
ولو غرَّها الآذن ولم يعلمها ردت إلى العبد جميع ما أصدقها ورجعت هي بمثله على
الآذن ، وإن استهلكته اتبعها الذي لم يأذن بجميعه واتبعت هي الآذن بمثله ، ولها
اتباع ذمة العبد بجميع ما أخذ منها إلا أن يسقط عنه الذي لم يأذن فيسقط كله ،
لأن الذمة لا تنقسم ^(٢) .

قال الشيخ : قول ابن حبيب كله موافق لأصله في المدونة إلا قوله : ويأخذ
من المرأة جميع ما أصدقها ، ولا يترك لها ثلاثة دراهم إذا كانت تعلم أن الآذن فيه
شريك فهذا بخلاف للمدونة ، ففي المدونة بعد هذا : أنه يترك لها ربع دينار ^(٣) .
قال الشيخ : وهو صواب ، لتلا يعرى البضع من صداق .

[فصل ٧ — في إجازة السيد نكاح عبده]

ومن المدونة : قال مالك : ولو نكح العبد بغير إذن سيده فأجاز نكاحه
جازه .

ابن القاسم : وهو في هذا بخلاف الأمة ، لأن العبد يعقد نكاح نفسه بإذن
سيده وهو رجل ^(٤) ، ولا يجوز للأمة أن تعقد نكاح نفسها ، فإن فعلت لم يحز وإن
أجازته السيد ^(٥) .

(١) من التوارد .

(٢) انظر : التوارد والريادات ل ٢١٩ ب .

(٣) انظر : المدونة ٢٠١/٢ .

(٤) في المدونة زيادة : واعاقد في امرأته ولي .

(٥) انظر : المصدر نفسه ١٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

قال عبد الوهاب : وقال أبو الفرج^(١) : القياس أن لا يصح نكاح العبد بوجه^(٢) كالأمة ، وهو قول الشافعي^(٣) ، ودليلنا : أن العقد لا يمتنع أن يقع على الفسخ كنكاح العتّين ، والخصي ، والحرّة للعبد ، وغير ذلك ، فإذا ثبت هذا فإن أجازته السيد جاز^(٤) .

قال : وإن طلق فيما أجاره لسيد فله أن يرجع وإن كره السيد . لأن الرجعة من حقوق النكاح^(٥) .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا نكح العبد بغير إذن سيده فقال السيد : لأجيز ، ثم قال : قد أجزت ، فإن أراد بأول قوله فسخاً تم الفسخ ولم يجز النكاح وإن أجازته السيد إلا بنكاح مستقبل^(٦) ، وإن أراد أنه لم / يرض ثم كَلَّم فأجازته فذلك جائز إذا كان ذلك قريباً^(٧) .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ويصدق السيد إن لم يرد عزم الفراق في المجلس ما لم يَقُمْ ، وإن شك السيد على أي وجه خرج [ذلك]^(٨) منه^(٩) فهو فراق

(١) هو القاضي أبو الفرج عمر بن محمد الليثي البغدادي ، الإمام الفقيه الحافظ ، تفقه بالقاضي إسماعيل ، ألف كتاب الحاوي في مذهب مالك ، وكتاب اللّمع في أصول الفقه ، توفي سنة ٣٣١ هـ .

انظر : الديباج ١٢٧/٢ ، شجرة انور ص ٧٩ .

(٢) أي وإن أجازته السيد .

(٣) انظر : الأم ٦٨، ٦٧/٥ ، مختصر المزني على الأم ، تأليف إسماعيل بن يحيى المزني ، تعليق محمود مطرجي (بيروت : دار مكتب العلمية - الطبعة الأولى ، ١٤١٣ هـ) مطبوع في الجزء التاسع من الأم ١٨١/٩ .

(٤) لأنه قطع حقه من الفسخ ، وإن رده فسخ كما لو عقد على نفسه عقد إجارة .
انظر : المعونة ٧٤٢/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٧٤٢/٢ ، ٧٤٣ .

(٦) لأن ماتقدم بطلانه لا يصح .

(٧) انظر : المدونة ١٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

(٨) من النوادر .

(٩) أي شك في قصده بقوله : لأجيز ، أهو إرادة الفسخ ، أو عدم الرضى بنكاحه دون قصد الفسخ .

واقع^(١) .

قال مالك : وأما البيع فبخلاف ذلك إذا قال فيما بيع عليه : قد رضيت ، فقد تم للمشتري^(٢) .

فصل ٨ — فيمن أعتق عبده أو باعه قبل علمه بنكاحه

قال ابن القاسم : وإن أعتقه السيد قبل علمه بنكاحه جاز نكاحه ، ولم يكن للسيد رده ، فإن باعه السيد قبل علمه بنكاحه لم يكن للمبتاع فسخه ، وله أن يرضى بالعبد أو يرده ، فإن رده كان للبائع إذا رجع إليه أن يفسخ نكاحه أو يجيز^(٤) .

قال الشيخ : قال بعض فقهاءنا : ولو عزم المشتري بنكاحه فأقره ورضي به ثم اطلع على عيب قديم ، إنه إذا رده بالعيب القديم رد معه مانقصة النكاح ، لأنه لما رضي به فأقره صار كأنه عيب حدث عنده ، وإذا لا يستطيع البائع إن رد عليه بالعيب فسخ نكاحه فوجب لذلك ألا يرده إلا بما نقصه ، ونحوه لأبي عمران ، وهو بين^(٥) .

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن^(٦) : يُخْرِج ذلك على القولين في الرد بالعيب^(٧)

(١) ولا يُكْتَفَى إلى شك السيد ، لأن النكاح لا يحكم ببقائه على أمر مشكوك فيه .

(٢) أي البيع ، ولا يُنْتَظَر إلى شك المالك في قصده بالرضا لما علم ببيع سلعته .

(٣) النوادر والزوائد لـ ٢١٩/أ، ب .

(٤) انظر : المدرسة ١٨٨/٢ ، تهذيب للدونة ص ٨٣ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب لـ ١٠/ب .

(٦) هو أبو بكر أحمد بن عبد الرحمن بن عبد الله الخولاني ، من أهل القيروان ، شيخ فقهاءنا في

وقته مع أبي عمران الفاسي ، كان فقيهاً حافظاً ديناً ، تفقه بأبي زيد القيرواني ، وأبي الحسن القاسمي ، توفي سنة ٤٣٢ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٢/٧٠٠ . معالم الإيمان ٣/١٦٥ ، اللديج ١/١٧٧ ، شجرة النور ص ١٠٧ .

(٧) أي هل هو نقض بيع أو كبيع مبتدأ .

فمن رأى أنه نقض بيع فيس على المشتري مانقصة ، لأنه إذا رده يرجع الخيار للبائع في فسخ النكاح أو إجازته ، ولا يلتفت إلى ما تقدم من رضى المشتري به ، لأن البيع قد انتقض^(١).

قال الشيخ : فإن قيل : يلزم على هذا القول أن لو زوجه المشتري ، ثم رده بعيب أن يفسخ البائع نكاحه لانتقاض شراء المشتري .

قيل : هذا لا يلزم ، لأن الأول نكاح عقده العبد على نفسه ، وكان للبائع نقضه أو إجازته ، فإذا انتقض بيعه بقي على خياره كما لو لم يعلم بيعه ، وهذا عقد نكاحه مالكة ، ولم يكن لأحد بعد عقده نقضه ، فوجب ألا ينقضه البائع كما لا ينقض عتقه .

ولو أعتقه المشتري ولم يعلم بنكاحه فأراد الرجوع على البائع بقيمة عيب النكاح فذكر عن أبي عمران أنه قال : ليس له ذلك لحجة البائع أن لو^(٢) لم يعتقه المشتري ثم رده عليه بعيب النكاح لكان للبائع نقض نكاحه ، فلما أفاته المشتري بالعتق لم يكن له الرجوع عليه بقيمة عيب لو رجع إليه أمكنه زواله^(٣) .

ولو مات السيد قبل علمه بنكاحه كان لورثته من الخيار في رد نكاحه أو إجازته مثل ما كان للسيد^(٤) ، وقد قال مالك فيمن حلف ليقتضين غريمه حقه إلى أجل كذا إلا أن يشاء^(٥) أن يؤخره فيموت الذي له الحق ؛ فإنه يجزئه تأخير ورثته كما كان لصاحبهم^(٦) .

(١) فرضاه لم يقع في موضعه . انظر : المصدر نفسه ل ١٠/ب .

(٢) "لو" ليست في أ .

(٣) بخلاف العيب الذي يعلم به ابائع ولا يقدر على زواله كالعور ونحوه .

انظر : المصدر نفسه ل ١٠/ب ، ١١/أ .

(٤) لأن من ترك حقاً فهو لورثته من بعده .

(٥) أي الذي له الحق .

(٦) انظر : المدونة ١٨٨/٢ ، ١٨٩ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

[الباب الخامس عشر]
في إنكاح الأخ أخته بغير إذن أبيه
ونكاح الصغير والسفيه بغير إذن وليه
والوكالة على النكاح وقبض الصداق

[فصل ١ — في إنكاح الأخ أخته بغير إذن أبيه]

قال مالك : ومن زوج أخته البكر بغير أمر الأب لم يحز وإن أجازاه الأب ، إلا أن يكون ابناً قد فوّض إليه الأب^(١) جميع شأنه ، فقام بأمره فيجوز بإجازة الأب وكذلك في أمة الأب^(٢) .

قال ابن القاسم : وكذلك الأخ^(٣) والجد^(٤) يقيمه هذا المقام^(٥) .

قال ابن حبيب : وكذلك سائر الأولياء إذا أقمهم الأب هذا المقام .

قال ابن المواز : والحجة في هذا حديث عائشة رضي الله عنها حين زوّجت بنت أخيها عبد الرحمن ، فكُلّم في ذلك فرضي^(٦) .

قال مالك : وإنما كان ذلك لمثل / عائشة رضي الله عنها لمكانها من رسول الله صلى الله عليه وسلم^(٧) .

قال ابن المواز : وإنما لم يحز نكاح الابن غير المفوّض إليه وإن أجازاه الأب

(١) "الأب" ليست في أ ، ب .

(٢) "وكذلك في أمة الأب" ليست في ز .

(٣) أي فيزوجها كما يزوج أخته بإجازة أبيه . انظر : المدونة ١٨٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

(٤) أي أخ الأب إن كان هو الناظر لأخيه المنبر لماله القائم له في أمره .

(٥) أي جد المرأة من أبيها إن زوجها على وجه النظر لها .

(٦) انظر : المدونة ١٨٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

(٧) سبق تخريجه ص ٨٢ .

(٨) ثم قال مالك : وقد وُكِّلَت عائشة رجلاً على العقد . انظر : التوادر والزيادات لـ ٢١٦/ب .

وقد تقدم ذلك ص ٨٢ .

ولافي إجازة السيد تزويج أمته ، لأنه لاولي^(١) لهما غيرهما ولا شركة لهما معهما في أنفسهما ولا مشورة ، فهما بخلاف من لها^(٢) المشورة مع الأولياء ، تولي أمرها غير الولي فلا يجوز ، إلا أن يميزه الولي ، فإن لم يميزه فرّق بينهما بطلقة^(٣) .
قال مالك : إلا أن يطول مكثه معها ، وتلد الأولاد ، فلا يرى أن يفسخ^(٤) .

فصل [٢ - في نكاح الصغير بغير إذن وليه]

ومن المدونة : قال ابن لقاسم : وإذا تزوج صبي صغير بغير إذن أبيه أو وصيه ، ومثله يقوى على الجماع ، فإن أجازته من يلي عليه جاز ، كبيعته وشرائه بغير إذنه يميزه على وجه النظر له ، وإن أراد فسخه فسخه ، وإن فسخه قبل البناء أو بعده فلا صدق لها .

وكذلك رأى مالك فيمن بعث يتيماً في طلب آبتى فأخذه^(٥) فباعه وأتلف الثمن ، أن لربّ العبد أخذه ، ولا شيء على اليتيم من المال الذي أتلف ، ولا يتبع به ديناً ، بخلاف ما أفسد أو كسر^(٦) .

قال ابن المواز : وكما لو اشترى شيئاً فأكله أو أتلفه لشرع من البائع الثمن كله ، ولم يتبع الصغير بشيء .

قيل : فإن تزوج الصغير واشترط عليه شروطاً فأجاز ذلك وليه ، أو زوجه أبوه أو وليه بشروط فيها طلاق أو عتاق أو تملك .

قال ابن المواز : لا يجوز من ذلك كس شيء إلا أن يكبر ويلزمها نفسه ، ويرضى بعد أن يبلغ .

(١) "لا" ليست في ز .

(٢) في ذ "لها" .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل ٢١٦/ب .

(٤) انظر : المدونة ١٧١/٢ .

(٥) "فأخذه" ليست في أ ، ب .

(٦) انظر : المصدر نفسه ١٨٩/٢ ، ١٩٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

وصار الصغير ضامناً لما أتلف بالكسر ونحوه لظهور التعدي فيه .

قال ابن القاسم : وإن كَبِرَ وَعَلِمَ بالشرط قبل الدخول فدخل عليه لزمه ، وإن علم به فلم يرضه قيل له : إما أن ترضى وإما أن تطلق ويكون عليك نصف الصداق .

ابن المواز : هذا قوله^(١) في كتابه في السماع ، وفي كتابه في المجالس : إذا بلغ وعلم قبل الدخول ، فإن شاء دخل وإن شاء فسخ ولا شيء عليه من الصداق ولا على أبيه إن كان يوم زوجه لآمال له .

ابن المواز : وهذا أحب إلينا^(٢) إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشرط فيثبت النكاح على مأحب الزوج أو كره^(٣) ، وسقط عنه الشرط كان تمليكاً أو غيره ، لأنه لم يكن يلزمه قط ، وهو بمنزلة الرسول يزيد على مأموره أن يزوجه به ، أو يشترط عليه غير مأموره به فيعلم بذلك قبل البناء ، فإن رضي بذلك تم النكاح ، وإن كره لم يلزمه شيء ، وفسخ النكاح ، إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشرط^(٤) .

قال ابن المواز : وإذا لم يرد نكاح الصبي حتى كَبِرَ وخرج من الولاية جاز النكاح^(٥) .

فصل [٣ - في نكاح السفية بغير إذن وليه]

قال ابن حبيب : والسفية^(٦) كالصغير يجوز عليه إنكاح أبيه إياه^(٧) وإن كَرِهَ . وقال ابن الماجشون : لا يزوجه من يلي عليه إلا برضاه^(٨) .

(١) أي قول ابن القاسم .

(٢) أي قوله الثاني .

(٣) ويُحكم بثبوت النكاح ، لأن سبب الفسخ وهو الشرط قد زال بإسقاط المرأة له .

(٤) انظر : التوادر والزيادات ل ٢٢١ / ١ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٩ / ١ .

(٦) أي السفية الكبير .

(٧) "إياه" ليست في ز .

(٨) انظر : التوادر والزيادات ل ٢٢٠ / ١ .

قال الشيخ : ورواية ابن حبيب عن ابن الماجشون موافقة لظاهر المدونة ، وذلك أنه قال في كتاب الخلع^(١) : إذا زوج الوصي يتيمة وهو بالغ سفيه بأمره ، أو زوج السيد عبده بغير أمره ، فذلك جائز عليه^(٢) .

فشرطه في السفية دون العبد بأمره دليل على^(٣) أنه لا يكرهه ، وهو الصواب إذ لا يؤمن منه أن يطلق إذا أجبره على النكاح ، فيؤدي ذلك إلى إتلاف ماله^(٤) .
ووجه قول ابن حبيب^(٥) : أن الولاية ثابتة له عليه في المال والبيع والشراء ، فله أن ينكحه اعتباراً بالصغير^(٦) .

قال ابن حبيب : وإذا زوج السفية - / بغير إذن وليه فلوليه إجازته أو رده ، فإن رده بعد البناء رد إليه جميع ما كان أصدقها إلا قدر ما كان يستحل به مشها^(٧) ولم يحده^(٨) مالك .

وقال ابن القاسم : يجتهد في ذلك السلطان فيتزك لسدنية ربع دينار ، ولذات القدر أكثر من ذلك بما يراه .

وقال ابن الماجشون : ولا يترك لها شيء ، لاربع دينار ولا غيره وإن كان لها قدر^(٩) .

قال ابن حبيب : وهذا القياس ، وقول مالك استحسان^(١٠) .

(١) أي قال ابن القاسم في كتاب الخلع من المدونة .

(٢) انظر : المدونة ٣٤٩/٢ .

(٣) "على" ليست في ز .

(٤) أي بنقع مالزمه من الصداق .

(٥) أي في أن السفية يزوجه وليه بغير إذنه .

(٦) فكل واحد منهما مولى عليه .

(٧) وهو ربع دينار سواء كانت دنية أو غير دنية .

(٨) في أ ، ب "و لم يحزه" ، وهو تحريف .

(٩) "وإن كان لها قدر" ليست في ز .

(١٠) انظر : النواذر والزيادات ل ٢٢٠/أ .

قال الشيخ : الجاري على أصل المدونة أن يترك لها ربع دينار كانت دئية أو جيدة ، وهو قدر ما يستحل به فرجها كالعبد يتزوج بغير إذن السيد^(١) ، وهو الصواب إن شاء الله^(٢) .

قال ابن حبيب : وإن لم يعلم بتزويجه حتى مات أحدهما ، فإن مات هو فلاميراث لها منه ولا صداق ، وإن ماتت هي فالنظر لوليه ، فإن أجازته ودى الصداق وأخذ الميراث ، وإن فسخه لم يرثها^(٣) .

قال الشيخ : وذكر أصبغ عن ابن القاسم أنهما يتوارثان ويمضي الصداق ، لأن النظر فيه قد فات^(٤) بالموت^(٥) .

وذكر ابن المواز عنه خلاف هذا ، قال : قال أصبغ : إن مات هو لم ترثه ، وردت كل ما أعطها إلا ربع دينار إن أصابها ، وكذلك في حياته إن فسخه^(٦) .

قال ابن القاسم : هذا في الدنية^(٧) ، ويجتهد في الزيادة لذات القدر .

قال أصبغ : بما يرى مما لا يبلغه صداق مثلها .

قال ابن المواز : ورواية ابن وهب عن مالك في السفية : لا يترك لها إلا ربع دينار^(٨) .

قال الشيخ : فصار في فسخه^(٩) ثلاثة أقوال ، قول لا يترك لها شيء ، وقول يترك لها ربع دينار ، وقول فرّق بين الدنية وغيرها .

(١) انظر : المدونة ٢/٢٠١ .

(٢) أي قول مالك .

(٣) انظر : انوار والزيادات لـ ٢٢٠/١ .

(٤) في زيادة "فيه" .

(٥) انظر : المصدر نفسه لـ ٢٢٠/١ .

(٦) كما تقدم قريباً من قول مالك .

(٧) أي ترك ربع دينار .

(٨) انظر : المصدر نفسه لـ ٢٢٠/١، ب .

(٩) أي في فسخ الولي نكاح السفية بعد البناء .

قال ابن المواز : ولو كان غير بالغ لم يترك لها شيئاً .
قال : وإن لم يردّ نكاح الصبي حتى بلغ ، وخرج من الولاية جاز النكاح^(١) .

فصل [٤ - في تزويج بنات السفية وإمائه وأخواته]

ومن كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم : ولا يزوج المولى عليه ابنته إلا بإذن وليه ، إلا أن يكون سفيهاً ضعيفاً فلا يكون له سخط ولا رضى ، وبناته كمن لأب لهن .

قال ابن وهب : والولي أولى بالنكاح بناته وإمائه^(٢) ، ولا أمر له مع وليه فيهن ويستحب له أن يحضر النكاح ، فإن لم يحضره لم يضره .

قال : وإن زوج هذا السفية منهن أحداً بغير أمر الولي كان للولي إجازته أو رده .

قال : وإن لم يكن له وليٌّ فأنكح بناته جاز إذا كان ذلك صواباً .

قال أصبغ : كله صواب جيد .

قال ابن المواز : إلا قوله : إذا لم يكن له ولي ، فهو^(٣) والأول سواء^(٤) ، لا بد من نظر السلطان فيه كنظر الولي ، فيجيز أو يرد على حسن النظر^(٥) .

ومن العتبية : قال أصبغ : قيل لأشهب : السفية يزوج أختها؟ قال : نعم ، وحسبته قال : إن كان ذا رأي ولا مولى عليه فذلك جائز وإن كان سفيهاً^(٦) .

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ٩/١ .

(٢) أي بنات السفية وإمائه .

(٣) "فهو" ليست في أ .

(٤) أي في الحكم ، ففي كلا الحالين لا بد من النظر ، ففي الأول ينظر الولي ، وفي الثاني ينظر السلطان ، لأنه ولي من لا ولي له .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٢٠/ب .

(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٠٦/٥ ، النوادر والزيادات ل ٢٢٠/ب .

فصل ٥ - في الوكالة على النكاح وقبض الصداق

ومن المدونة : قال^(١) : وإذا وكت المرأة ولياً يزوجه من رجل ، فقال لها الوكيل : قد زوجتك من فلان ، فأقرت أنها أمرته وقالت : لم تزوجني ، فلا قول لها ، والنكاح يلزمها إن ادعاه الزوج . وكذلك الوكيل على بيع سلعة^(٢) .
وإن وكتله المرأة على العقد وقبض الصداق فقبضه ثم ادعى تلفه ، كان كدين لها وكتته على قبضه فقبضه ثم ادعى تلفه ، فصدقته في الوكالة وكذبت في القبض .

فإن أقام الزوج أو الغريم بينة أنه دفع ذلك إلى الوكيل / صدق الوكيل على [٥٩/ التلف ، وإن لم يقيما بينة بالدفع ضمناً^(٣) ، ثم لاشيئ لهما على الوكيل . لأنهما صدقاه على الوكالة .

وأما الوكيل على بيع سلعة يقول : قبضت الثمن وضاع مني . فهو مصدق ، لأن وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر بذلك ، وليس للمبتاع أن يأبى عليه^(٤) ، والوكيل على عقد النكاح ليس له قبض الصداق إلا بتوكيل عليه خاصة ، ولا يلزم الزوج دفع ذلك إليه ، فإن فعل ذلك ضمن^(٥) .

قال الشيخ : وإنما كان وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر به وليس للمبتاع أن يأبى ذلك عليه^(٦) ، لأن وكيل البيع يسلم ما باع إلى المبتاع ، فعلى المبتاع تسليم الثمن إليه كما يتسلم السلعة منه ، ووكيل النكاح لا يسلم البضع إلى الزوج ، فلا يلزم الزوج تسليم الصداق إليه .

(١) أي ابن القاسم ، وفي أ " قال مالك " .

(٢) أي القول قول الوكيل ، ويلزم الأمر البيع لأنه قد أقر بالوكالة .

(٣) لأن الأصل عدم الدفع .

(٤) عليه " ليست في ز .

(٥) " فإن فعل ذلك ضمن " ليست في ز .

(٦) انظر : المدونة ١٩٠/٢ - ١٩٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

(٧) عليه " ليست في أ .

ولو أن وكيل البيع إنما وُكِّلَ على عقد البيع خاصة وتسليم السلعة على ربِّها لم يلزم المبتاع تسليم الثمن إلى الوكيل إلا بتوكيل عليه ، ويكون كوكيل النكاح^(١) .
قال الشيخ : فالعلة في ذلك أن مَنْ سَلَّمَ السلعة له أن يتسلَّم ثمنها كما سَلَّمها ، ألا ترى أن البائع إذا سَلَّمَ ماباع ، له انتقاد جميع^(٢) ثمنه وإن لم يشترط نقده .

والمُكْرِي داره أو عبده أو نفسه مدة لا يلزم المكثري نقد جميع الكراء إذا لم يكن عَرَفَ ولا شرط ، لأنه لم يتسلَّم جميع ما اكثرى^(٣) ، فإنما يلزمه أن ينقد كراء ما قبض^(٤) . وبالله التوفيق .

(١) لأن وكيل النكاح لا يقبض الصداق إلا بتوكيل عليه خاصة .

(٢) "جميع" ليست في ز .

(٣) بخلاف المشتري فإنه تسلَّم السلعة من بائعها .

(٤) أي من منفعة العين المكثرة .

[الباب السادس عشر]
فيمَن نكح بغير بينة ، أو سرا
أو نكح بغير صداق

[فصل ١ — في إعلان النكاح]

ونهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن النكاح بغير بينة أو بغير صداق^(١) ،
ونهى عن نكاح السر^(٢) ، وأمر بإعلان النكاح^(٣) .
ومرَّ عليه الصلاة والسلام هو^(٤) وأصحابه ببني زُرَيْق فسمعوا غناءً ولهاً ولعباً
فقال : ما هذا؟ قالوا : نكح فلان يارسول الله ، فقال : "كَمَلْ دينه ، هذا لنكاح
لالسفاح ، ولانكاح السر حتى يُسمع دُفٌ ، أو يُرى دُحَانٌ"^(٥) .

(١) سبق تخريجه ص ٤٣ .

(٢) أخرجه أحمد ٩٦/٤ رقم (١٦٧١٧) ، والبيهقي ، كتاب الصداق ، باب ما يستحب من إظهار
النكاح وإباحة الضرب بالدف ٤٧٣/٧ ، رقم (١٤٧٠٠) بلفظ "كان يكره نكاح السر حتى
يضرب بدف" ، وفيه الحسين بن عبد الله بن ضمرة ضعيف ، انظر : تعجيل المنفعة بزياد
رجال الأئمة الأربعة ، تأليف الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تحقيق عبد الله هاشم
يماني المدني (القاهرة : دار المحاسن للطباعة ، ط/بدون ، ١٣٨٦هـ) ص ٦٧ رقم (٢٠٩)
أي بقوله عليه الصلاة والسلام "أعلنوا النكاح" .

(٣) أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إعلان النكاح ٣٩٨/٣ رقم (١٠٨٩) .
وابن حبان ، كتاب النكاح ، ذكر وصف تزويج المصطفى صلى الله عليه وسلم أم سلمة
١٤٧/٦ رقم (٤٠٥٣) ، والبيهقي ، كتاب الصداق ، باب ما يستحب من إظهار النكاح
٤٧٠/٧ رقم (١٤٦٨٦) ، وإحكام ، كتاب النكاح ٢٠٠/٢ رقم (٢٧٤٨) . والحديث
حسنه الترمذي ، وصححه ابن حبان ، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي .
(٤) "هو" ليست في ز .

(٥) أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب ما يستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف
٤٧٣/٧ رقم (١٤٧٠٠) وقال : فيه الحسين بن عبد الله بن ضمرة ضعيف ، كما تقدم قريباً .

وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه : لا يجوز نكاح السر حتى يعلن به ويشهد عليه^(١) .

قال ابن وهب^(٢) : وإن عمر بن عبد العزيز رحمه الله كتب إلى أيوب بن شرحبيل أن مر من قبلك أن يظهروا عند النكاح الدفوف^(٣) ، فإنها تفرق بين النكاح والسفاح ، وامنع الذين يضربون بالرباط^(٤)^(٥) .
قال سحنون : والرباط : الأعواد^(٦) .

ومن كتاب محمد وابن حبيب : روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
"أظهروا النكاح واضربوا عليه بالغربال"^(٧)^(٨) يعني : الدف المدور ، وقال غيره :
وهو مغشي من جهة واحدة .
قال ابن المواز : قال مالك : لا بأس بالدف والكبر^(٩) .

-
- (١) المدونة ١٩٤/٢ .
(٢) في جميع النسخ "قال سحنون" .
(٣) جمع دُف بضم الدال ، وهو الذي تضرب به النساء لإعلان النكاح ، انظر : لسان ، مادة (دَفَف) .
(٤) الرباط : واحدها رِبَاط ، وهو عود الغناء . شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٨٤ .
(٥)، (٦) المدونة ١٩٤/٢ ، ١٩٥ .
(٧) عني بالغربال الدَف ، شبه الغربال به في استدارته . لسان ، مادة (غَرَبَل) .
(٨) أخرجه سعيد بن منصور ، باب ماجاء في نكاح السر ١٧٤/١ رقم (٦٣٥) ، والبيهقي ، كتاب الصداق ، باب ما يستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب ٤٧٣/٧ رقم (١٤٦٩٨) وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب إعلان النكاح ٦١١/١ رقم (١٨٩٥) بلفظ "أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالغربال" .
والحديث ضعيف ، تفرد به خالد بن إلياس وهو متروك الحديث ، انظر : التقريب ٢٥٥/١ رقم (١٦٢٢) .
(٩) الكبر : من آلات اللهو ، وهو دُف له وجه واحد .
غرر المقالة في غريب الرسالة مع الرسالة ص ٢٦٩ .

قال أصبغ : يعني في العُرسِ خاصة ، ولا يعجنبي المِزْهَر المربع^(١) ، قال : ولا يجوز الغناء في العُرسِ ولا غيره ، إلا مثل ما كان يقول نساء الأنصار^(٢) أو رجز خفيف لا يمتكسر^(٣) ولا طويل .
قال ابن حبيب : وقد أُرْخِص في العُرسِ إظهار لكَبَر والدَّفِّ والمِزْهَر .
ويُنْهَى عن اللهو بذلك في غير العُرس^(٤) .

[فصل ٢ - في الوليمة في النكاح]

قال^(٥) : وكان النبي عليه الصلاة والسلام يستحبُّ الإطعام على النكاح عند عقده ، وعند البناء ، ولم يدع الوليمة على أحد من نسائه قلًّا أو كثر^(٦) .

(١) المِزْهَر : العود الذي يضرب به ، اللسان ، مادة (زَهَرَ) .
قال أصبغ : والغُرْبَال هو الدَفُّ المدوَّر ، وليس المِزْهَر ، والمِزْهَر مكروه وهو مُحَدَّث ، والفرق بينهما أن المِزْهَر ألهى ، وكل ما كان ألهى فهو أخفُّ عن ذكر الله وكان من الباطل ، وما كان من الباطل فمحرمٌ على المؤمنين اللهو والباطل .
العتية مع البيان والتحصيل ١١٥/٥ .

(٢) وهو قولهن :

أَتَيْنَاكُمْ أَتَيْنَاكُمْ	فَحَيَّانَا وَحَيَّاكُمْ
ولولا الذهب الأحمر	ما حَلَّتْ بِوَادِيكُمْ
ولولا الخنطة السَّوْمَاءُ	مَا سَبَّحَتْ عَذَارِيكُمْ

انظر : جمع الزوائد ومنبع الفوائد ، تأليف نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٢هـ) ، كتاب النكاح ، باب إعلان النكاح واللهو والشار ٢٨٩/٤ .

(٣) في جميع النسخ "لا يكثر" والتصحيح من العتية ١١٤/٥ .

(٤) انظر : النوادر والزوائد ل ٢٦٤/أ .

(٥) أي ابن حبيب .

(٦) المصدر نفسه ل ٢٦٤/أ .

قال أنس : ولم يولم على واحدةٍ منهن^(١) مثل ما أولم على أم سلمة^(٢) ، وكان ذلك الخبز واللحم^(٣) ، وأولم على صفية بالصَّهْبَاءِ^(٤) بالسَّوِيقِ والتمر^(٥) ، وقال صلى الله عليه وسلم : / لابن عوف : "أولم ولو بشاة"^(٦) ، وقال : "أعينوا [١/٦٠] بلالاً على وليمته"^(٧) .

-
- (١) "على واحدةٍ منهن" ليست في ز .
- (٢) هي أم المؤمنين أم سلمة هند بنت أبي أمية بن المغيرة المخزومية ، كانت ممن أسلم قديماً هي وزوجها أبو سمة وهاجر إلى الحبشة ، ثم مات عنها ، وتزوجها النبي صلى الله عليه وسلم سنة أربع ، وقيل : سنة ثلاث ، كانت موصوفة بالعقل البالغ والرأي الصائب ، وهي آخر أمهات المؤمنين موتاً . توفيت سنة ٥٩ هـ ، ودفنت بالقيع وصلى عليها أبو هريرة رضي الله عنه .
- انظر : الطبقات ٦٩/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٤٣٦/٤ ، الإصابة ٤٣٩/٤ .
- (٣) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب الوليمة بشاة ١٤٢/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب زواج زينب بنت جحش ونزول لحجاب وإثبات وليمة اعرس ١٠٤٩/٢ رقم (١٤٢٨) كلاهما بذكر زينب بدلاً من أم سلمة .
- (٤) الصهباء : موضع بينه وبين خيبر روحه ، سميت بذلك لصهوبة لونها وهي حمرتها أو شقرتها . انظر : معجم البلدان ٤٣٥/٣ .
- (٥) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب فضية إعتاقه أمة ثم يتزوجها ١٠٤٦/٢ رقم (١٣٦٥) بلفظ : "وجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وليمتها التمر والأقط والسمن" ، وأخرجه يلفظ المصنف البيهقي ، كتاب الصداق ، باب تودا حق الوليمة بأي طعام أطعم ٢٢٤/٧ رقم (١٤٥٠٦) .
- (٦) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح . باب الوليمة ولو بشاة ١٤٢/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب الصدق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير ١٠٤٢/٢ رقم (٨١-٧٩) .
- (٧) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب من كان يقول يطعم في العرس والختان ٥٥٦/٣ رقم (١٧١٥٥) .

وقد أبيع أن يولم أكثر من يوم ، وروي : "أن اليوم الثاني فضل ، والثالث سمعة"^(١) .

وأجاب الحسن رجلاً دعاه في اليوم الأول^(٢) ، ثم في الثاني ، ثم دعاه في الثالث فلم يجبه^(٣) ، وفعل ابن المسيب^(٤) مثله^(٥) .

(١) أي في الوليمة ، ولحديث له عدة طرق .

أخرجه أبو داود ، كتاب الأطعمة ، باب في كم تستحب الوليمة ١٢٦/٤ رقم (٣٧٤٥) ، وأحمد ٣٧/٥ رقم (٢٠٣٤٨، ٢٠٣٤٧) ، والبيهقي كتاب الصداق ، باب أيام الوليمة ٤٢٤/٧ رقم (١٤٥٠٩) وفيه عندهم عبد الله بن عثمان الثقفي ، مجهول ، انظر : التقريب ٥١٣/١ رقم (٣٤٨١) .

وأخرجه ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب إجابة الداعي ٦١٧/١ رقم (١٩١٥) وفيه أبو مالك النخعي ، مزكوك ، انظر : التقريب ٤٦٢/٢ رقم (٨٣٧٧) .

وأخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في الوليمة ٤٠٣/٣ رقم (١٠٩٧) . والبيهقي كتاب الصداق ، باب أيام الوليمة ٤٢٤/٧ رقم (١٤٥١٢) وفيه عندهما زياد بن عبد الله البكائي ، ضعيف ، لأن في حديثه عن غير ابن إسحاق ليناً ، وهذا منه ، انظر : التقريب ٣٢١/١ رقم (٢٠٩١) ، وقال الترمذي : زياد بن عبد الله كثير الغرائب والمناكير .

وأخرجه البيهقي أيضاً ٤٢٤/٧ رقم (١٤٥١٣) وفيه بكر بن خنيس ، ضعيف ، انظر : تلخيص الجبير ١٩٥/٣ ، ١٩٦ .

فالحديث ضعيف .

(٢) "الأول" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : النواذر والزيادات ل ٢٦٤/أ .

(٤) هو أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي ، عالم أهل المدينة ، وسيد التابعين في زمانه ، سمع عثمان وعلياً وزيد بن ثابت وأب موسى وأبا هريرة وابن عباس وخلقاً غيرهم ، كان ممن برز في العلم والعمل ، توفي سنة ٩٣ هـ .

انظر : سير أعلام النبلاء ٢١٥/٥ ، شلوات الذهب ١٠٢/١ .

(٥) أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب أيام الوليمة ٤٢٤/٧ رقم (١٤٥١٠) .

قال ابن حبيب : وإن دعاه في لثالث من لم يكن دعاه ، أو دعاه مرة فذلك واسع سائغ ، وقد أولم ابن سيرين^(١) ثمانية^(٢) أيام^(٣) ، فمن وسَّع الله عليه فليو لم من يوم ابتئاته إلى مثله^(٤) .

[فصل ٣ — فيمن نكح بغير بينة]

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج بغير بينة عى غير استسرار فالتكاح جائز ، ويشهدان فيما يستقبلان .
وإن أقر الزوج والولي بالعقد ثم قالوا أو أحدهما : لم نُشْهَد ، أشْهَدَا الْآنَ ، وليس لأحدهما فسخه - يريد في هذا كله - قبل البناء^(٥) .
قال ابن المواز : قال مالك : ولو دخل الزوج قبل أن يُشْهَدَ فَرَّقَ بينهما بطلقة بائنة ، وخطبها إن أحب بعد استيرائها بثلاث حيض .
قال ابن حبيب : ولا يَحْدَّانِ إن^(٦) كان أمرهما فَاشِئاً كانا عالمين أو جاهلين^(٧) وإن لم يكن فَاشِئاً حَدَّانِ ، كانا عالمين أو جاهلين .

-
- (١) هو أبو بكر محمد بن سيرين الأنصاري ، شيخ البصرة وإمام المعبرين ، كان ثقة مأموناً فقيهاً ، كثير العلم والورع ، روى عن كثير من الصحابة ، توفي سنة ١١٠ هـ .
انظر : الطبقات ١٤٣/٧ ، سير أعلام النبلاء ٤٨٧/٥ ، شذرات الذهب ١٣٨/١ .
- (٢) في أ ، ب "ثلاثة" .
- (٣) ودعى في بعضها أبي بن كعب .
- أخرجه البيهقي ، كتاب الصدق ، باب أيام الوليمة ٤٢٥/٧ ، ٤٢٦ رقم (١٤٥١٥ ، ١٤٥١٦) النوادر والزيادات ١/٢٦٤ .
- (٤) انظر : المدونة ١٩٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .
- (٥) في ز "وإن" .
- (٦) "كانا عالمين أو جاهلين" ليست في أ ، ب .
- (٧) ويحكم بسقوط الحد هنا لأن فشواً أمر نكاحهما يقوم مقام البينة فيدراً الحد عنهما .

قال : والشاهد الواحد لهما بالنكاح ، أو معرفة ابتنائهما باسم النكاح وذكره وإشهاره فهو كالأمر الفاشي من نكاحهما^(١) ، قاله ابن الماجشون وأصيح . وقال ابن القاسم : إذا لم يعدرا بالجهالة حذاً وإن كان أمرهما فاشياً ولم أجد من يقول ذلك^(٢) .

قال عبد الوهاب : يصح عندنا عقد النكاح من غير إشهاد^(٣) خلافاً لأبي حنيفة^(٤) والشافعي^(٥) .

دليلنا : لأنه عقد من العقود فأشبهه سائرهما^(٦) ، ولأنه معنى يقصد به التوثق ، فلم يكن شرطاً في العقد كالرهن والكفالة ، فإذا ثبت أنه ليس بشرط في الصحة فإنه شرط في الكمال والفضيلة ، لقوله عليه الصلاة والسلام : "لأنكاح إلا بولي" وشاهدي عدل^{(٧)(٨)} .

ومن المدونة : وذكر ابن وهب أن حمزة بن عبد الله^(٩) خطب [على ابنه]^(١٠) إلى سالم بن عبد الله ابنته فزوجه إياها وليس معهما غيرهما .

(١) في أن الحد يدرأ عنهما .

(٢) النواذر والزيادات ل ٢٦٣/ب .

(٣) انظر : التفريع ٢٣/٢ ، المقدمات الممهدة ٤٧٩/١ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٦٩ ، مختصر القدوري مع شرحه الباب ٣/٣ .

(٥) انظر : الأم ٣٥/٥ ، التنبيه ص ١٥٩ .

(٦) أي في أن الإشهاد ليس شرطاً في انعقادها .

(٧) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ٢٢٥/٣ رقم (٢٣) ، وابن حبان ، كتاب النكاح ، باب

الولي ، ذكر نفى إجازة عقد النكاح بغير ولي وشاهدي عدل ١٥٢/٦ رقم (٤٠٦٣)

وصححه وقال : ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر .

(٨) انظر : المعونة ٧٤٥/٢ .

(٩) في "حمزة بن عبد المطلب" ، وهو خطأ وليس .

وحمزة بن عبد الله هو : أبو عمارة حمزة بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، كان ثقة قليل

الحديث ، روى عنه الزهري .

انظر : الطبقات ١٥٦/٥ .

(١٠) من المدونة .

وقد ذكر مثل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لرجل :
 ألا أنكحت أميمة بنت ربيعة بن الحارث^(١) ، فقال : بلى يا رسول الله ، فقال : "قد
 أنكحتكها" ، ولم يشهد^{(٢)(٣)} .

ابن المواز : وقد فعل ذلك ابن عمر^(٤) حين زوج ابنته سودة من عروة^(٥) ،
 أخبرنا به غير واحد .

[فصل ٤ — فيمن نكح بغير صداق]

ومن المدونة : قال مالك : ولا يزوج الرجل عبده أمته إلا ببينة وصداق .
 قال ابن القاسم : فإن زوجه بغير بينة أشهدا فيما يستقبلان وجاز النكاح ،
 وهذا إذا لم يكن دخل بها .
 وإن زوجه إياها على أن لا صداق عليه فسخ النكاح قبل البناء ، وثبت بعنده
 وكان^(٦) لها صداق مثلها .

(١) هي أميمة بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطب ، قل في التجريد : لها صحبة .

انظر : الإصابة ٢٣٤/٤ .

(٢) أخرجه البزار ، كتاب النكاح ، باب لفظ النكاح ١٦٣/٢ رقم (١٤٣١) ، قال الميمني : فيه
 جماعة لم أعرفهم . انظر : مجمع الزوائد ٢٨٨/٤ .

وسنده في المدونة فيه يزيد بن عياض كذبه مالك وغيره ، انظر : التقريب ٣٣٠/٢ رقم
 (٧٧٨٩) .

(٣) انظر : المدونة ١٩٣/٢ .

(٤) في أ "عمر" ، ويدو أن "ابن" سقطت من أ .

(٥) سبق تخريجه ص ٨ .

(٦) "كان" ليست في ز .

قال في الثاني^(١) : وقيل : يفسخ بعد البناء^(٢) .

قال عبد الوهاب : والأصل في ذلك^(٣) قوله تعالى : ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾^(٤) ، وقوله تعالى : ﴿فَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾^(٥) ، وقال عليه الصلاة والسلام للذي خطب المرأة : "هل معك ماتستحلها به؟"^{(٦) (٧)} .

ومن المدونة :^(٨) قال ابن القاسم : ولو زوجه ولم يذكر الصداق ولا شرط إسقاطه^(٩) فهذا التفويض ، والنكاح جائز ، ويُفرض للأمة صداق مثلها ، لأن مالكا قال ذلك في النساء ، والنساء يجتمع فيه الحرائر والإماء^(١٠) .

(١) أي في كتاب النكاح الثاني من المدونة ، وهو في المطبوعة الثالث .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢٣٨/٢ .

ويبدو أنه قول آخر لابن القاسم رجع عنه ، لأن سخون لما ذكر قول ابن القاسم اسبق قال : وقد كان قال : يفسخ وإن دخل بها .

(٣) أي في أنه لا يجوز نكاح بغير صداق .

(٤)، (٥) سورة النساء : آية ٢٤ .

قال القاضي ابن العربي : قوله تعالى : ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ يعني بالنكاح أو بالشراء ، فأباح الله الحكيم الفروج بالأموال ، وإحصان دون السفاح وهو الزنى ، وهذا يدل على وجوب الصداق في النكاح . أحكام القرآن ٣٨٧/١ .

(٦) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح ١٢٩/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن ومخاتم حديد ١٠٤٠/٢ ، ١٠٤١/٢ رقم (١٤٢٥) .

(٧) انظر : المعونة ٧٥٠/٢ .

(٨) في أ ، ب "العتية" ، وهو خطأ .

(٩) في ز "ولاسقط باشرطاً" .

(١٠) انظر : المدونة ١٩٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

فصل [٥ - فيمن نكح سرا]

قال ابن القاسم : ومن عقد نكاحه ببينة ، واستكتم البينة ذلك عند / العقد [٦٠/ب] فالنكاح فاسد^(١) .

قال عبد الوهاب : خلافاً لأبي حنيفة^(٢) والشافعي^(٣) ، دليلنا قوله عليه الصلاة والسلام : " هذا النكاح لا السفاح "^(٤) ، ونهيه عن نكاح السر^(٥) ، ولأن التواصي بالكتمان من صفة الزنا ، وذريعة إلى إضاعة الأنساب^(٦) .

ومن الواضحة : وقول عمر في نكاح السر : لو تقدّمت فيه لرجّمت^(٧) ، تشديداً في الرجز عنه^(٨) .

وفي كتاب ابن المواز : إن عمر قال ذلك في نكاح عُقِدَ بشهادة امرأتين^(٩) ودخل بها .

(١) انظر : المدونة ١٩٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

(٢) انظر : تحفة الفقهاء ، تأليف علاء الدين السمرقندي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٤هـ) ١٣١/٢ .

(٣) انظر : الأم ٣٦/٥ .

(٤) سبق تخريجه ص ١١٤ .

(٥) سبق تخريجه ص ١١٤ .

ونكاح السر قليل : هو نكاح عقد بغير عدلين ، وقيل : ما أسر الشهود حين عقده بكنمه .

انظر : شرح حلود ابن عرفة ٢٤٦/١ .

(٦) انظر : المعونة ٧٤٦/٢ .

(٧) قال عمر ذلك عندما أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : هذا نكاح السر ، ولا أجيزه ، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت .

أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب جامع ما لا يجوز من النكاح ٤٢٣/٢ رقم (٢٦) .

وقوله : لو كنت تقدّمت فيه لرجمت ، أي : لو سبقت غيري لرجمت فاعله .

(٨) النوادر والزيادات ل ٢٦٣/١ .

(٩) والذي في الموطأ بشهادة رجل وامرأة كما سبق .

قال ابن حبيب : ويفسخ نكاح السر وإن دخل إلا أن يقطاوا بعد الدخول فلا يفسخ ، هذا قول مالك وأصحابه .

قال : وكل نكاح استكتمه الشهود وإن كثروا ، أو عَقِدَ على وجه الاستسرار أو سئل الشهود أن يكتموا ذلك من امرأة له أخرى ، أو يكتموا ذلك في منزل التي نكح ، ويظهروه في غيره ، أو يظهروه في المنزل ويكتمونه في غيره ، أو يكتمونه ثلاثة أيام ونحوها ، فذلك كله من نكاح السر يفسخ أبداً^(١) ما لم يطل ذلك^(٢) ، وكذلك أخبرني من سمعه من مالك^(٣) .

ومن العتبية : قال أصبغ : وسألت أشهب عن عَقْد فلما فرغ استكتم البينة؟ قال : إن لم تكن تلك نيته ولا عليه نكح في ضميره فلا بأس به . قلت : فإن نكح على ذلك في ضميره؟ قال : فليفارق .

قال أصبغ : لأرى أن يفسخ النكاح إن لم يكن إلا ضميره في نفسه ، لأنه لا بأس أن يتزوج ونيته أن يفارق ، ولكن إن كان مع ضميره مواطأة بينه وبين المرأة أو الأولياء وأخذاه مأخذ الاستسرار فهو فاسد وليفارق^(٤) .

ومن المدونة : وقال ابن شهاب فيمن نكح سراً وأشهد رجلين : أنه يفرق بينهما وإن دخلا ، ولها مهرها بالمسيس ، وتعتد ، ثم إن شاءت نكحته بعد العدة^(٥) وإن فرق بينهما قبل البناء فلا صداق لها ويعاقب الزوجان والشاهدان بما كتما من ذلك^(٦) .

(١) "أبداً" ليست في أ ، ب .

(٢) "ذلك" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٢٦٣ / ٢ ، ب .

(٤) قال أصبغ : وهو من وجه نكاح المتعة وهو الذي يفارق كما قال ولا يقبم عليه .

انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٠١/٥ ، ١٠٢ .

(٥) أي نكاح علانية .

(٦) انظر : المدونة ١٩٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

وفي كتاب ابن المواز : روى ابن وهب عن مالك فيمن نكح بشاهدين واستكتمهما ذلك أنه يفرق بينهما بطلقة ، ويكون لها صداقها إن دخل بها ، ولا يعاقب الشاهدان إن جهلا ذلك^(١) ، وإن أتيا ذلك بعرفة أنه لا يصلح عوقبا^(٢) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن زوج ابنته الثيب فأنكرت ذلك ، فشهد عليها الأب ورجل أجني أنها قد فوّضت ذلك إلى أبيها فزوجها من هذا الرجل لم يجوز إنكاحه ، لأنه إنما شهد على فعل نفسه^(٣) وهو خصم .

وقد قال مالك في رجل وجد مع امرأة في بيت ، فشهد أبوها وأخوها أن الأب زوجها إياه ، فلا يقبل ذلك . ولا يجوز نكاحه ويعاقبان .

- قال في كتاب الحدود : وإن ثبت الوطء حدا^(٤) .

وإذا نكح مسلم ذمية بشهادة ذمين لم يجوز نكاحه ، فإن كان لم يدخل أشهد الآن مسلمين ولزمه النكاح .

قال يحيى بن سعيد : تجوز شهادة الأبداد^(٥) في النكاح والعناق^(٦) .

(١) "ذلك" ليست في ز .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٦٣/ب .

(٣) وهو تزويج ابنته بغير بينة .

(٤) انظر : المدونة ٢٠٣/٦ .

ولا يدرأ عنهما الحد إلا إذا قامت بينة على إثبات النكاح .

(٥) الأبداد : واحد هم بُدٌّ على وزن مُدٌّ ، وهم الذين يشهدون متفرقين ، ومنه : بَدَّدْتُ الشيء إذا فرَّقته . شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٨٥ .

(٦) المدونة ١٩٣/٢ ، ١٩٤ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

[الباب السابع عشر]

فيمن نكح على أنه بالخيار أو إلى أجل^(١)
أو بصداق مجهول ، أو بعضه مؤجل^(٢)

[فصل ١ - فيمن نكح على أنه بالخيار]

قال ابن القاسم : ومن نكح على أن الخيار له أو للولي أو للزوجة أو لجميعهم يوماً أو يومين لم يجز ، ويفسخ قبل البناء ، إذ لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا وإن بنى بها ثبت النكاح وكان لها المسمى^(٣) .

وكذلك الجواب^(٤) / فيمن تزوج امرأة على أنه إن لم يأت بالصداق إلى أجل [١/٦١] كذا فلانكاح بينهما ، وقد كان مالك يقول : إن النكاح يفسخ بعد البناء ، لأن فسادة في عقده ، ثم رجع فقال : يثبت بعده^(٥) .
وقال ابن القاسم في كتاب محمد : يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ولها صداق المثل .

قال ابن المواز : وإن شرط إن لم يأت به إلى أجل كذا فأمرها بيدها ، فروى ابن القاسم عن مالك : أنه يفسخ ما لم يدخل ، وروى عنه أشهب : أنه جائز .
وكذلك قال ابن القاسم وأشهب وأصبغ^(٦) دخل أو لم يدخل ، لأنه شرط لازم^(٧) .

(١) في أ ، ب زيادة "مجهول" .

(٢) في أ ، ب زيادة "أو على ألا مراث بينهما" .

(٣) ولا ترد إلى صداق مثلها .

(٤) أي الحكم .

(٥) انظر : المدونة ١٩٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

(٦) أي أن النكاح جائز والشرط لازم .

(٧) كشرطه : إن غبت سنة فأمر بك يديك .

نظر : النوادر والزيادات ل ٢٥٩/أ .

[فصل ٢ — فيمن نكح بصدّاق مجهول]

ومن المدونة : قال : ومن نكح امرأة على أحد عبديه أيهما شاءت المرأة جاز ذلك ، وإن كان أيهما شاء الزوج لم يجوز ، وكذلك البيع .
قال سحنون : هما سواء إذا قال : أيهما شئت أنت ، أو شئت أنا ، فالنكاح جائز في الوجهين ، وكذلك في البيع .
قال ربيعة ومالك : الصدّاق ما وقع به النكاح^(١) .

[فصل ٣ — فيمن نكح إلى أجل]

قال مالك : ولا يجوز النكاح إلى أجل قَرُب أو بَعُد وإن سمي صدّاقاً ورضي بذلك الولي فالنكاح باطل ويفسخ ، دخل بها أو لم يدخل ، وهذه المتعة ، وقد ثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام تحريمها^(٢) ^(٣) .
قال ابن القاسم : ومن قال لامرأة : إذا مضى شهر فأنا أتزوجك ، فرضيت ورضي الولي ، فهذا النكاح باطل لا يقام عليه ، ومن نكح وفي نفسه أن يفارق فليس من ذلك^(٤) .

(١) انظر : المدونة ١٩٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح المتعة

آخرها ١٢٩/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيع ثم نسخ ، ثم أبيع

ثم نسخ واستقر تحريمه إلى يوم القيامة ١٠٢٧/٢ رقم (١٤٠٧) .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ١٩٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

[فصل ٤ — فيمن نكح بصدّاق بعضه مؤجل]

قال مالك^(١) : ومن تزوج امرأة بصدّاق بعضه معجل وباقيه مؤجل إلى سنة فلا يعجبني هذا النكاح ، وليس هذا من نكاح من أدركت^(٢) .

قال ابن القاسم : فإن نزل ذلك جاز النكاح ، وكان للزوج إذا أتى بالمعجل أن يدخل بها ، وليس لها منعه ، ويتأخر بقية الصداق إلى أجله ، وإن كان إلى أجل بعيد جاز ما لم يتفاحش بعد ذلك ، وإن تزوجها بصدّاق نصفه نقد ونصفه عني ظهره ، فإن كان الذي على ظهره يحلّ عندهم بالبناء جاز^(٣) ، وإن كان لا يحل إلا إلى موت أو فراق لم يجز النكاح ، وفسخ قبل البناء وثبت بعده ، وكان لها صداق المثل^(٤) إلا أن يكون صداق مثلها أقلّ مما عجل فلا يتقص من المعجل ، ولمالك قول أن لها المعجل وقيمة المؤجل ، ولا يعجبني^(٥) .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران فيمن تزوج بصدّاق على ظهره إنه إنما عمل ذلك على العادة عندهم ، فإن كانت العادة فيه الحلول أخذ حالاً ، وإن كانت العادة فيه^(٦) إلى أجل معلوم فهو إلى ذلك الأجل ، وإن كان عرفهم أن يكون إلى موت أو فراق فالنكاح مفسوخ قبل البناء ، لأنهم وإن سمّوه على ظهره فليس ذلك بأكثر من أن يسموه ديناً عليه ، وإنما يحمل الأمر فيه على عادة بلدهم ، والذي يحلّ عند مالك بالدخول فإنما تكتم على أن الدخول معلوم عندهم^(٧) ، ولو تأخر عن العادة التي يعرفونها لكان ينزّمه أداء الصداق عند مالك ، إلا عني قول

(١) "مالك" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ١٩٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

(٣) لأن البناء أجل معلوم .

(٤) ولا ينظر إلى ماسيياً من الصداق . انظر : المدونة ١٩٨/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ١٩٦/٢-١٩٨ ، تهذيب المدونة ص ٨٣ .

(٦) "فيه" ليست في ز .

(٧) كما تقدم في المسألة السابقة .

سحنون الذي يقول : إنهم إذا جعلوا المهر إلى أجل فحلّ الأجل قبل الدخول^(١) فلا يؤخذ ذلك حتى يدخل .

قيل له : فما ترى في قول سحنون أن الصداق بعد الدخول بالقرب لا يؤخذ؟ قال : كنا قد تكلمنا في هذا ثم وقع عندي أن ذلك لو كان كما قال سحنون لكان يقال : إن الصداق يكون إلى أجل مجهول إذا رددنا الأمر فيه إلى اجتهاد الحاكم ، فلا يجوز النكاح على هذا^(٢) .

قال ابن المواز / عن أصبغ : ومن تزوج بمئة نقداً وبمئة إلى موت أو فراق ، [٦١/ب] فزكت المرأة المئة الغرر^(٣) ، أو رضي الزوج أن يعجلها وذلك قبل البناء ثبت النكاح ، وكذلك لو نكحت ببيع شارد ، أو عبد آبق ، أو جنين في بطن أمه ، ومع ذلك ربع دينار فصاعداً ، فإن رضيت بربع الدينار وإسقاط مامعه من الغرر جاز^(٤) ، ولو رضي الزوج بتعجيل قيمة العبد الآبق على غير إباق نقداً تمّ النكاح ، وإذا لم يكن مع الآبق أو الجنين شيء فلا بد من فسخه وإن رضيا بصداق صحيح إلا أن يدخل ، وإن كان مع ذلك ربع دينار فلم يفسخ حتى رجع الآبق والشارد وخرج الجنين حياً ، فإن لم ترض بربع الدينار وحده فسخ النكاح ، إلا أن يرضى الزوج أن يدع لها ذلك فيجوز .

قال أصبغ : وإن في هذا لمغزاً ولكنه قول أصحابنا ، والقياس فيه الفسخ إلا أن يبي^(٥) .

قال الشيخ : وهو ظاهر المدونة أنه يفسخ^(٦) .

(١) "قبل الدخول" ليست في ز .

(٢) تهذيب الطالب ل ١٢/ب .

(٣) أي التي إلى موت أو فراق .

(٤) "جاز" ليست في أ .

(٥) انظر : التواذر والزيادات ل ٢٣٧/ب .

(٦) أي إن لم ين . انظر : المدونة ١٩٦/٢ .

[الباب الثامن عشر] في شروط النكاح^(١) وجده وهزله

[فصل ١ — في شروط النكاح]

وقد أبطل الرسول عليه الصلاة والسلام كلَّ شرطٍ ليس في كتاب الله عز وجل^(٢) ، وروى ابن وهب أن رجلاً تزوج امرأة على عهد عمر بن الخطاب وشرط لها ألا يخرجها من أرضها ، فوضع عنه عمر هذا^(٣) الشرط وقال : المرأة مع زوجها^(٤) .

قال مالك : وليس لما يفسد به النكاح من الشروط حد^(٥) .

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة على شروط تنزّمه فصالحها ، أو طلقها طلاقاً فانقضت عدتها ، ثم تزوجها بعد ذلك بنكاح جديد لزمته تلك الشروط ملبقي من طلاق ذلك الملك شيء ، ولو شرط في نكاحه الثاني أنه إنما ينكح على أن لا يزرعه من تلك الشروط شيء لم ينفعه شرطه ، وهي لازمة له في بقية طلاق ذلك الملك^(٦) .

قال مالك : ومن تزوج امرأة على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى جاز النكاح وبطل الشرط^(٧) .

(١) المراد بشروط النكاح هنا هي الشروط التي تشترطها المرأة على زوجها في عقد النكاح ، مثل ألا يتزوج عليها ، أو ألا يخرجها من بلدنا ونحو ذلك .

(٢) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل" وإن كان مئة شرط .

أخرجه البخاري ، كتاب الشروط ، باب الشروط في الولاية ١٧٧/٣ ، ومسلم ، كتاب العتق باب إنما الولاية لمن أعتق ١١٤١/٢ ، رقم (١٥٠٤) .

(٣) "هذا" ليست ي ز .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور ، باب ما جاء في الشرط في النكاح ١٨٣/١ رقم (٦٧٠) .

(٥)، (٦) انظر : المدونة ١٩٧/٢ .

(٧) انظر : المصدر نفسه ١٩٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٣، ٨٤ .

قال مالك : ومن تزوج امرأة على شروط ، وحطت عنه من مهر مثلها لتلك الشروط ، فإن كان كل^(١) ما حطت من ذلك في عقد النكاح لم ترجع به على الزوج وبطل الشرط إلا أن يكون فيه عتق أو طلاق^(٢) ، وإن حطت ذلك عنه^(٣) بعد عقد النكاح على أن شرعت عليه تلك الشروط لزمه ذلك^(٤) ، فإن أتى شيئاً مما شرعت عليه رجعت عليه بما وضعت عنه من المال فأخذته منه ، مثل ما تشترط ألا يخرجني من مضري^(٥) ، ولا يتسرى علي ، ولا يتزوج علي^(٦) .

وقال علي بن زياد في النكاح الثاني^(٧) : إن حطته في العقد من صداق مثلها لما شرطت عليه لزمه ما حطته إن فعل من ذلك شيئاً ، وإن كانت الحطيطة مما نأف على صداق المثل لم يلزمه شيء^(٨) ، ورواه ابن نافع^(٩) عن مالك^(١٠) .

ابن المواز : ورواه أيضاً أشهب عن مالك وأخذ به ابن عبد الحكم ، وأخذ أصبغ وجميع أصحاب ابن القاسم برواية ابن القاسم وبه أقول .

ابن المواز : قال أشهب : وسئل مالك عن خطبة امرأة فواطأها على ستين ديناراً ، فلما أراد أن يتزوجها بذلك قال له أبوها : هل لك أن أضع عنك عشرين ديناراً وأزوجكها بأربعين على أن لا تخرجها من المدينة؟^(١١)

(١) "كل" ليست في ز .

(٢) أي فيجب ذلك عليه ويلزمه .

(٣) "عنه" ليست في ز .

(٤) ويكون له المال الذي وضعته عنه .

(٥) في أ ، ب "مصر" ، والمثبت يتفق مع ما في المدونة .

(٦) انظر : المدونة ١٩٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

(٧) وهو في المدونة المطبوعة : كتاب النكاح الثالث .

(٨) "شيء" ليست في ز .

(٩) وقوله : لم يلزمه شيء ، أي إن فعل الزوج شيئاً مما اشترطت عليه عدم فعله ، لأن الذي جعل مقابل الشرط مال زائد عن صداق المثل .

(١٠) هو أبو محمد عبد الله بن نافع مولى بني غزوم ، المعروف بالصائغ ، من كبار فقهاء المدينة ومفتيها ، تفقه بمالك ونظرائه ، وصحبه أربعين سنة ، سمع منه سحنون وكبار أتباع أصحاب مالك ، له تفسير في الموطأ ، توفي بالمدينة سنة ١٨٦ هـ ، وصوب الذهب أنه توفي سنة ٢٠٦ هـ . انظر : ترتيب المدارك ٣٥٦/١ ، سير أعلام النبلاء ١٠٥/٩ ، الديباج ٤٠٩/١ ، شجرة النور ص ٥٥ .

(١١) انظر : المصدر نفسه ٢٢٠/٢ .

(١٢) "من المدينة" ليست في ز . في العتبية : فقال : نعم ، وتزوجها على ذلك ، ثم أراد الخروج بها .

قال مالك : ذلك له وعليه العشرون التي وضعت له لمكان الشرط .
 قيل له : إنه لم يقع النكاح بستين وإنما كانت مذاكرة ، أف تكون صداقاً ؟
 قال : نعم ، وإنما الذي لا يكون لها عليه أن تقول : أتزوجك بممّتي دينار ، ثم
 أضع عنك مئة على أن لا تفعل ، فهذا الذي ليس بصداق ، وله أن يفعل ، يخرجها
 ويتزوج^(١) .

قيل له : / فإن طلقها قبل أن يمسه ؟
 قال^(٢) : قال مالك : إذا^(٣) لا تأخذ إلا نصف الأربعين ، وليس لها في هذا
 حجة ، لأنه قد تركها على شرطها ووفّى به لها ولم ينقضه حتى فارقتها^(٤) .
 ابن المواز : وإنما قال ذلك مالك لأنه قد كان^(٥) رضي بالسنتين لو لم تطرح
 عنه منها شيئاً للشرط ، وهو مذهب أشهب وابن القاسم وابن وهب وعبد الملك ،
 وهو الصواب إن شاء الله^(٦) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن أعطته مالا على أن لا يتزوج عليها ،
 فإن فعل فهي طالق ثلاثاً ، فإن فعل وقع الطلاق وبانت منه ، ولم ترجع عليه بشيء
 لأنها اشترت طلاقها بما وضعت عنه^(٧) .

فصل [٢ - في جد النكاح وهزله]

قال ابن القاسم : وإذا قال الخاطب للأب في البكر ، أو الولي المفوض إليه :
 زوجني فلانة بمئة دينار^(٨) ، فقال : قد فعلت ، ثم قال الخاطب : لأرضى ، لم

(١) أي إذا قالت : ألا تخرجني من بلدي ، أو ألا تتزوج علي ، فيفعل ولا شيء عليه .

(٢) قال " ليست في ز . والمراد قال أشهب .

(٣) " إذا " ليست في ز .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٨٢/٤ ، ٣٨٢ .

(٥) " كان " ليست في ز .

(٦) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٨٢/ب .

(٧) انظر : المدونة ١٩٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

(٨) " دينار " ليست في ز .

ينفعه ذلك^(١) ، ولزمه النكاح ، بخلاف البيع^(٢) ، لأن ابن المسيب قال : ثلاثٌ ليس فيهن لعبٌ ، هَزْلُهُنَّ جِدٌ : النكاح ، والطلاق ، والعقاق^(٣) .
 وقال أبو بكر بن اللبَّاد^(٤) : وروى ابن وهب أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : "ثلاثٌ جِدُهُنَّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌ : النكاح ، والطلاق ، والعقاق"^(٥) .
 وقال علي بن زياد في المستخرجة : لا يجوز نكاح هزلٍ ولا لعبٍ ، ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده .
 وبالأول أقول^(٦) وألزمه النكاح .

-
- (١) أي قوله : لأرضى ، بعد قول الأب أو الولي : قد زوجتك .
 (٢) فمن لكلا المتبايعين الفسخ ما لم يلزم البيع ، لأنه لا يتم إلا براضٍ منهما لقوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ . سورة النساء : آية ٢٩ .
 (٣) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب جامع النكاح ٤٣٢/٢ رقم (٥٦) .
 (٤) انظر : المدونة ١٩٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .
 (٥) هو أبو بكر محمد بن محمد بن وشاح ، يعرف بابن اللبَّاد القيرواني ، حافظٌ ، إمامٌ ، فقيهٌ ، تفقه ببيحيى بن عمر وابن طالب ومحمد بن القطان وغيرهم ، له تأليف منها : كتاب الطهارة ، وكتاب عصمة الأنبياء ، وكتاب فضائل مالك ، وكتاب الآثار والفرائد ، توفي سنة ٣٣٣ هـ .
 انظر : ترتيب المدارك ٣٠٤/٢ ، معالم الإيمان ٢١/٣ ، اندياج ١٩٦/٢ ، شجرة النور ص ٨٤ .
 (٦) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب في الطلاق على الهزل ٦٤٤،٦٤٣/٢ رقم (٢١٩٤) والترمذي ، كتاب الطلاق ، باب مجاء في الجدل والهزل في الطلاق ٤٩٠/٣ رقم (١١٨٤) ، وابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا ٦٥٨/١ رقم (٢٠٣٩) ، والدارقطني ، كتاب الطلاق والخنخ والإيلاء وغيره ١٩،١٨/٤ رقم (٥٠) ، وإحكام ، كتاب الطلاق ٢١٦/٢ رقم (٢٨٠٠) وصححه ، وقال الترمذي : حسن غريب .
 وحسنه الحافظ ابن حجر ، انظر : التلخيص الخبير ٢١٠،٢٠٩/٣ .
 (٧) وهو أن هزل النكاح جد .

[الباب التاسع عشر]
في نكاح الخصى^(١) والمجبوب^(٢) والعبد
ومن فيه بقية ورق

[فصل ١ — في نكاح الخصى والمجبوب]

قال الله عز وجل : ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ﴾^(٣) ، قال مالك : ويجوز نكاح الخصى وطلاقه ، ويجوز نكاح المجبوب ، لأنه يحتاج إلى أشياء من أمر النساء^(٤) .

[فصل ٢ — في نكاح العبد]

قال مالك : أحسن ما سمعت أن لعبد أن يتزوج أربعاً إن شاء حرّاه أو إماء ، لقول الله تعالى : ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(٥) الآية .
 قال مالك : وحّد العبد في الفرية أربعون جلدة ، وطلاقه طلقتان^(٦) .
 قال أبو محمد : وجعل الله حدّ العبد نصف حدّ الحر ، لقوله تعالى : ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾^(٧) ، والطلاق من معنى الحدود ويجرّ

(١) الخصى : هو الذي قُطعت خصيتاه ، وقد يقال لمن قُطع ذكره وخصيتاه بمجبوب .

انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٨٥ .

(٢) المجبوب : هو من جُبّ ذكره ، مشتق من الحبّ وهو القطع .

انظر : تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٥٦ .

وسياقي ذكر هذه العيوب في الباب الثالث والعشرين .

(٣) سورة النساء : آية ٣ .

(٤) انظر : المدونة ١٩٨/٢ ، ١٩٩ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

(٥) وجه الاستدلال بالآية : أنه لم يفرق فيها بين الحر والعبد .

(٦) انظر : المدونة ١٩٨/٢ - ٢٠٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

(٧) سورة النساء : آية ٢٥ .

إلى ما يوجبها^(١) .

قال مالك : وأجله في العنة والاعتراض^(٢) والإيلاء نصف أجل الحر .

— قال الشيخ : لأنه مما يجرُّ إلى الطلاق —

قال مالك : وكذلك سائر حدوده ، وكفارته في الظهار والإيلاء وفي كل الكفارات كالحر^(٣) .

— قال الشيخ : لعموم الآية^(٤) —

قال مالك : إلا أنه لا يجرِّيه العتق في الكفارات ، إذ الولاء لغيره^(٥) .

قال مالك : والصوم له^(٦) في كفارة اليمين أحب إلي ، فإن أطعم أو كسا بإذن سيده رجوت أن يجرِّيه .

واستثقل مالك أن يتزوج العبد ابنة مولاه^(٧) .

قال الشيخ : وإنما استثقله مالك خوفاً أن يهلك مولاه فترثه ابنته وتملك العبد وينفسخ النكاح^(٨) .

(١) أي أن الطلاق قد يكون سبباً في وقوع المطلق فيما يوجب الحد كالزنا ونحوه .

(٢) الاعتراض من العيوب الخاصة بالرجال ، يقال : اعترض عن أمرئه ، أي ليس يستصيع وطأها ولا ميسسها ، كأن شيئاً اعترضه أمام ذلك .

انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٨٥ .

وقال ابن عرفة : المعترض من هو بصفة من يطأ وربما كان بعد وطء ، أو عن امرأة دون أخرى .

شرح حدود ابن عرفة ٢٥٤/١ .

(٣) أي من غير تصيف . انظر : المدونة ٢٠٠/٢ .

(٤) أي الآية الدالة على وجوب كفارة الظهار وكفارة اليمين .

(٥) فيكفر بالصيام أو الإطعام .

(٦) "له" ليست في أ ، ب ، و"له" أي للعبد .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٢٠٠/٢ ، تهذيب للندوة ص ٨٤ .

(٨) لأن النكاح ينفسخ بملك أحد الزوجين صاحبه ، وقد بين المؤلف رحمه الله هذه المسألة في الباب الذي بعد هذا .

وأجاز ابن القاسم للعبد والمكاتب أن يتزوج ابنة مولاه^(١) .
 قال الشيخ : لأنه حين النكاح ليس بعبد لها ، فنكاحه جائز ، ولا يراعى
 موت سيده ، لأن من أصلنا ألا يُترك أمر واجب لأمر قد يكون أو لا يكون^(٢) .

[فصل ٣ — في الصداق في نكاح العبد]

قال ابن القاسم : ومن زوج عبده فالмهر على العبد إلا أن يشترطه السيد
 على نفسه^(٣) .

قال الشيخ : لأن سبيل العوض أن يكون على المعوض^(٤) إلا أن يكون شرط
 فيعمل عليه .

قال ربيعة : وإن خطب عليه السيد وسمى [صداقاً]^(٥) فالصداق على السيد
 وإن أذن له فنكح فذلك على العبد ، فللحره مسمى ، وكذلك للأمة / إلا أن يجاوز
 ثلث قيمتها^(٦) .

قال الشيخ : ووجه هذا: أنه إذا خطب عليه وسمى فهو كالوكيل على انشاء
 فالثمن عليه^(٧) وإن قال : أشترى فلان ، إلا أن يقول : فلان ينقذك دوني^(٨) ، وإن
 أذن له فنكح فالعبد هو المشتري وعليه الثمن^(٩) .

(١) انظر : المتنونة ٢/٢٠٠ ، تهذيب المتنونة ص ٨٤ .

(٢) وهو موت السيد هنا .

(٣) انظر : المتنونة ٢/٢٠٠ .

(٤) أي الذي يدفع العوض .

(٥) من المتنونة .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٠٠ ، تهذيب المتنونة ص ٨٤ .

(٧) أي على السيد .

(٨) أي فلا يكون الثمن عليه وإنما يكون على فلان .

(٩) أي وعليه المهر قياساً على الشراء .

وقوله^(١) في الأمة : إلا أن يجاوز ثلث قيمتها ، فكأنه رأى أن ذلك أعلى صداق الأمة ، لأن النكاح إنما عمدة الغرض فيه الوطء ، فشبه الوطء بالجائفة^(٢) التي فيها ثلث الدية^(٣) ، وفي الأمة ثلث القيمة^(٤) .

قال الشيخ : وقول ربيعة كله خلاف لقول مالك^(٥) .

ومن المدونة : وإذا تزوج عبد أو مكاتب بغير إذن سيده ونقد المهر وبني ، فللسيد فسحة ، ويترك للزوجة ربع دينار ، وترد ما بقي ، فإن أعدم أتبعته به^(٦) .
فإن عتق العبد أو أدى المكاتب أتبعته الزوجة بما أدت إن غرها ، وإن بين لها أو أخبرها أنه عبد فلا شيء لها ، وإن أبطله السيد عنه أو السلطان قبل العتق لم يلزمه شيء إن عتق ، وكذلك ماتدائنه العبد بغير إذن سيده^(٧) .

وإن لم يعلم السيد بنكاح عبده أو مكاتبه إلا بعد العتق فلا كلام له ، والنكاح ثابت ، وكذلك ما أعتقه أو وهبه أو تصدق به .

وكل ما لزم ذمة العبد - يريد من صداق نكاح بإذن السيد أو تجارة أذن له فيها - فلا يأخذها الغرماء من خراجها وعمل يده .

قال ابن القاسم : ولأما فضل من ذلك بيده .

قال مالك : وإنما يأخذون ذلك مما أفاده العبد بهبة أو صدقة أو وصية فإن عتق العبد يوماً ما أتبع بذلك ، وكل دين لحق المأذون له في التجارة كان دينه فيما

(١) أي ربيعة .

(٢) الجائفة من جراح الجسد وهي ما وصلت إلى الجوف من الظهر أو البطن ولو قدر مدخل الإبرة .
الفواكه الدواني ٢/٢٠٨ .

(٣) أي بالنسبة للأحرار .

(٤) انظر : التقرير ٢/٢١٢ .

(٥) لأن مالكاً يرى أن المهر على العبد مطلقاً دون التفصيل الذي ذكره ربيعة ، كما تقدم من قول ابن القاسم .

(٦) أي ديناً عليها .

(٧) أي لا يلزمه منه شيء إن أبطله السيد أو السلطان .

في يديه وفي كسبه في التجارة دون خراجه وعمل يده ، ويضرب فيه السيد بدينه
مع الغرماء^(١) .
يريد : مادائنه به لامااستتجده به .

(١) انظر : المدونة ٢/١٩٩، ٢٠١، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

[الباب العشرون]

في ملك أحد الزوجين صاحبه وهما عبدان أو حران

وأجمعوا أنه لا يجوز نكاح بين امرأة وعبيدها أو بين حرًا وأمه ، فوجب بذلك إذا ملك أحد الزوجين صاحبه بعد النكاح أن يفسخ النكاح ، ولا يجتمع ملك ونكاح^(١) .

قال الشيخ : وإنما لم يجتمع ملك ونكاح لأن الحقوق فيه تتعارض ، فيؤدي ذلك إلى بطلانها ، وذلك أن الحرية إذ تزوجت عبيدها فمعلوم أن نفقة الزوجة على زوجها ونفقة العبد على سيده ، فإذا طلبت الزوجة في هذا نفقتها من زوجها الذي هو عبيدها طلبها هو بنفقتها ، فأدى ذلك إلى إبطال النفقة عن كل واحد منهما ، وذلك بخلاف السنة^(٢) ، وذلك إذا تزوج .

ولأن الرجل إذا تزوج أمته فالزوجة لها عليه حق في الوطء ، وليس ذلك للأمة ، فإذا طلبته بالوطء بالزوجة طلبها برفعه عنه بالملك ، ولم يصح لها مرافعته في الإيلاء منها ، فنخالف في^(٣) ذلك الكتاب^(٤) والسنة^(٥) وإجماع الأمة ، وبالله التوفيق .

(١) انظر : الرسالة ص ١٩٩ ، الكافي ٥٤٦/٢ .

(٢) لأن السنة جاءت بأن النفقة حق لروحة على زوجها ، قال عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع : " اتقوا الله في النساء فإنهن عوانٌ عندكم ، أحسنوهن بأمانة الله واستحلن فرجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف " .

أخرجه مسلم ، كتاب الحج ، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ٨٨٩/٢ رقم (١٢١٨) .

(٣) "في" ليست في ز .

(٤) لعله يشير إلى قوله تعالى : ﴿ وَكَانَ يَتْلُو آيَاتِ اللَّهِ عَلَى الْقَوْمِ الْمَعْرُوفِينَ ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

وقوله : ﴿ وَكَانَ يَتْلُو آيَاتِ اللَّهِ عَلَى الْقَوْمِ الْمَعْرُوفِينَ ﴾ . سورة النساء : آية ١٩ .

(٥) لعله يشير إلى ما يدل على حق المرأة في الوطء من السنة ، ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لعبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما : " وإن لزوجه عليك حقاً " .

أخرجه البخاري ، كتاب الصوم ، باب حق الجسم في الصوم ٢٤٥/٢ ، ومسلم ، كتاب الصيام ، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوت به حقاً ٨١٣/٢ رقم (١١٥٩) .

قال مالك : وإذا اشترى المكاتب والمأذون له زوجته انفسخ النكاح فسخاً بغير طلاق^(١) .

قال الشيخ : لأنه أمرٌ مجتمعٌ على فسخه ، فهو كمتزوج الخامسة أو أخته من الرضاة .

قال مالك : ويطؤها بملك اليمين^(٢) .

قال مالك : وإذا اشترت المرأة زوجها بعد البناء فسخ النكاح^(٣) .

قال ابن القاسم : وتبعه بمهرها . لأن مالكا قال فيمن دأب عبداً ثم اشتراه : أنه يتبعه بدينه ، قال : وإن اشترته قبل البناء فلامهر لها^(٤) . /

قال سحنون : ألا^(٥) ترى أنها وسيده اغتريا^(٦) فسخ نكاحه ، فلا يجوز شراؤها له ، وتبقى له زوجة ، إذ الصلاق بيده ، فلا تخرج من عصمته بالضرر^(٧) . وفي النكاح الثاني شيء من هذا^(٨) .

قال مالك : ولا يتزوج الرجل مكاتبته ولأمته^(٩) ، ولا المرأة مكاتبها وهو عبده مادام في حال الأداء ، لا بأس أن يرى شعرها إن كان وُعْدًا دنيئاً لا خُطْبَ له ، وإن كان له خطبٌ ومنظرٌ فلا يرى شعرها ، وكذلك عبدها .

قال مالك : وإن كان عبداً لها فيه شركٌ فلا يرى شعرها وُعْدًا كان أو غير وُعْدٍ^(١٠) .

(١) أي أنهما لا يتراجعان إلا بنكاح جديد .

انظر : المدونة ٢/٢٠٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

(٢) المدونة ٢/٢٠٠ .

(٣)، (٤) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٠١، ٢٠٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

(٥) في زيادة "أن" .

(٦) أي قصداً ، انظر : اللسان ، مادة (غزا) .

(٧) انظر : المدونة ٢/٢٠٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

(٨) وهو في الباب السابع عشر منه .

(٩) "ولأمته" ليست في أ ، ب .

(١٠) انظر : المدونة ٢/٢٠٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

قال ابن القاسم : والوَعْد الذي لا منظر له ولا خطب .
 قال : ولا يتزوج الرجل أمة ولده وإن كان الأب عبداً وكأنها أمته ، إذ لو
 زنى بها لم يحد^(١) ، وجائز أن يتزوج^(٢) أمة والده أو أمة أمه أو أخيه ، إذ لو زنى
 بها حد^(٣) .
 قال^(٤) : وإذا اشترى الولد زوجته من أبيه لم تكن بما ولدت منه قبل الشراء
 ولا يحمل إن كان بها يوم الشراء أم ولد ، لأن ذلك الحمل قد عتق على جده^(٥) ،
 ولو كانت أمة أجنبي فاشترها وهي حامل كانت به أم ولد ، لأنه عليه عتق^(٦) .
 وقال غيره : لا يجوز للابن شراؤها ، لأن ما في بطنها قد عتق على جده^(٧) .
 وهذه^(٨) في كتاب أمهات الأولاد مُستوعبة .
 قال ابن القاسم : وإذا كان للعبد المأذون له في التجارة أو المحجور عليه أمة
 فأراد سيده أن يزوجه منها ، فوجه الشأن في ذلك - وهو أحب إلي - أن ينتزعها منه
 ثم يزوجه له بصدق ، فإن زوجها إياه قبل أن ينتزعها فالتكاح جائز ، وكان ذلك
 انتزاعاً ، وكذلك إن أراد السيد أن يطأها فأحب إلي أن ينتزعها منه ثم يطؤها ،
 فإن وطئها قبل أن ينتزعها منه كان ذلك انتزاعاً^(٩) .

(١) لشبهة الملك .

(٢) في زيادة "الولد" .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٠٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

وفيه زيادة : أمة زوجته .

وفي المدونة : قال سحنون : أرايت الرجل أيجوز له أن يتزوج أمة امرأته؟ قال ابن القاسم :
 نعم في رأيي ، لأن ملكاً قال : من زنى بأمة امرأته رجم .

(٤) أي مالك .

(٥) أي جد الحمل ، وهو سيد الأمة .

(٦)، (٧) انظر : المدونة ٢/٢٠٢، ٢٠٣ .

(٨) أي مسألة شراء الولد زوجته من أبيه .

(٩) أي وطئها .

انظر : المصدر نفسه ٢/٢٠٣ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

[الباب الحادي والعشرون]

في نكاح الحر الأمة ونكاحه إياها على الحرية أو الحرية عليها
وكيف إن كان عبداً ، وفي تنصير العبد والمكاتب ونكاحه

[فصل ١ - في نكاح الحر الأمة]

قال الله تعالى : ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُخَنَصَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ قَبَائِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ إلى قوله : ﴿ذَلِكَ رَمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾^(١) فعلقه بشرطين ، عدم الطول ، وخشية العنت^(٢) .

قال ابن حبيب : وهي^(٣) محكمة فلا تحمل له الأمة إلا بعد عدم الطول ، وخوف العنت ، وهو الزنا ، وهو قول علي وابن عباس وابن مسعود^(٤) وأصحاب مالك ، ورواه ابن وهب عن مالك .

قال غيره^(٥) : وقد اختلف في نسخها^(٦) .

وكان من قول مالك فيمن تزوج أمة على حرية وهو يجد طويلاً أن يفرق بينهما وإن خشي العنت ، قال : ويضرب ، ثم رجع فأجازه وجعل الخيار للحرية ، وقال : لولا ما قاله من^(٧) قبلي من العلماء رضي الله عنهم - يريد ابن المسيب^(٨)

(١) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٢) انظر : التفرع ٤٥/٢ ، المعونة ٧٩٦/٢ .

(٣) أي الآية السابقة .

(٤) أثر ابن عباس أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في نكاح إماء المسلمين ٢٨٢/٧

رقم (١٣٩٩١) ، أما أثر علي وابن مسعود فأخرجهما في المدونة ٢٠٥/٢ .

(٥) أي غير مالك .

(٦) النوادر والزيادات ل ٢٥٠/ب ، ٢٥١/أ .

(٧) "من" ليست في ز .

(٨) قال سعيد : إن نكح الأمة على حرية خيوت الحرية ، فإن أحب أن تقر عنده فلها مثلاً مال الأمة

من قسمة ونفقة وإن شاءت فرق بينه وبين الأمة .

أخرجه عبد الرزاق ، باب نكاح الأمة على الحرية ٢٦٦/٧ رقم (١٣٠٩٤) .

وغيره - لأجزته^(١) ، لأنه حلال في كتاب الله جل وعز^(٢) .

قال الشيخ : يريد قوله تعالى : ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾^(٣) .

قال ابن القاسم^(٤) : فللحر أن يتزوج من الإماء ما بينه وبين أربع ، وذلك إذا لم يجد طولاً لحرمة وخشي العنت ، وذلك للعبد وإن لم يخش العنت^(٥) .

قال عبد الوهاب : لنقصه بالرق كهي ، ولأنه لا عار عليه في استرقاق ولده ، لأن ذلك ليس بأكثر من استرقاق نفسه ، وليس للحر استرقاق ولده مع الاستغناء عنه^(٦) .

قال : وللعبد عندنا أن يتزوج أربع حرائر أو إماء^(٧) خلافاً لأبي حنيفة^(٨) [والشافعي]^(٩) لقوله تعالى : ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ الآية^(١٠) فعم^(١١) .

(١) أي لأجزت نكاح الأمة على الحرمة مطلقاً من غير تقييد للحرمة .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٠٤ ، تهذيب الصالح ل ١٢/ب .

(٣) سورة النور : آية ٣٢ .

قال ابن المراز : أراه - أي مالك - يعني قوله تعالى : ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ . النوادر والزيادات ل ٢٥١/أ .

ووجه الاستدلال بالآية أنها عامة في إباحة نكاح الإماء سواء عنده حرمة أم لا .

(٤) "ابن القاسم" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٠٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

(٦) انظر : المعونة ٢/٧٩٧ .

(٧) انظر : الرسالة ص ١٩٩ ، ٢٠٠ ، التفرع ٢/٤٥ .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٦ ، مختصر القدوري مع شرحه ٢٣/٣ .

(٩) من المعونة ، انظر : مختصر المزني ص ١٨٠ ، التبيين ص ١٦١ .

(١٠) وتتمتها : ﴿مَثًى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْلَمُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعْلَمُوا﴾ . سورة النساء : آية ٣ .

(١١) أي فعم الخطاب الأحرار والعبيد . انظر : المعونة ٢/٧٤٣ .

[فصل ٢ — في نكاح الحر الأمة على الحرة أو الحرة عليها]

ومن المدونة : قال مالك : ولا ينكح الحر أمةً على حرة / فإن فعل جاز [٦٣/ب] النكاح وخيرت الحرة في أن تقيم معه أو تختار نفسها .

ابن وهب : وكره ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما أن ينكح على الحرة أمة ، وأن يجمع بينهما^(١) ، وقاله جابر بن عبد الله رضي الله عنه^(٢) ، وقال : وله أن ينكح الحرة على الأمة^(٣) .

قال ابن المسيب : إذا تزوج الحرة على الأمة ولم تعم الحرة فهي بالخيار في أن تفارقه أو تقيم معه ويكون لها الثلث من نفسه وماله^(٤) ، وقاله ابن شهاب^(٥) .

قال ابن القاسم : فإذا تزوج الحرة على الأمة ، ولم تعلم فاختارت فراقه فلا تقضي إلا بواحدة وتكون بائة ، بخلاف خيار المعتقة^(٦) .

- قال ابن المواز : فإن فسخت بالثلاث لزمّت وقد أساءت ، وقاله أصبغ - .

قال مالك : وإن رضيت بالمقام مع زوجها ساوى بينهما في القسم^(٧) .

ورأى ابن المسيب أن للحررة الثلثين^(٨) .

-
- (١) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب نكاح الأمة على الحرة ٤٢٣/٢ رقم (٢٨) .
 - (٢) أي لا تنكح الأمة على الحرة .
 - (٣) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على أمة ٢٨٥/٧ رقم (١٤٠٤) .
 - (٤) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب نكاح الأمة على الحرة ٤٢٣/٢ رقم (٢٩) .
 - (٥) انظر : المدونة ٢٠٤/٢ .
 - (٦) وهي الأمة التي تعتق تحت عيد ، فإنها إن اختارت فراقه قضى بالثلاث ، وقد تقلعت هذه المسألة ، انظر ص ٩٥ .
 - (٧) لأن القسم حق من حقوق الزوجة فوجب أن تستوي فيه الحرة والأمة كالنفقة والكسوة . انظر : للمصدر نفسه ٢٠٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .
 - (٨) كما سبق من قوله .

قال عبد الوهاب : وقال عبد الملك^(١) : الحرة مخيرة في أن تجيز نكاح الأمة أو تفسخه ، فوجه قول مالك^(٢) : أنها لها إزالة الضرر عن نفسها بما لاتضر به غيرها ، فإما أقامت أو فارقت فلا سبيل لها على نكاح الأمة^(٣) .
 ووجه قول عبد الملك : أن الضرر الذي دخل عليها كون الأمة ضرة لها ، فلها أن تزيله ، وأما الخيار في فسخ نكاح نفسها ، فليس ذلك إزالة ضرر بل زيادة فيه^(٤) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن تزوج على الحرة أمة فرضيت ثم تزوج عليها أخرى فأنكرت كان لها الخيار أيضاً .
 قال مالك : ولا بأس بنكاح حرة على أمة ، وللحرة الخيار إن لم تكن علمت أن تحته أمة .

قال ابن القاسم : فإن كان تحته أمتان فعلمت بواحدة فلها الخيار بعد علمها بالأخرى ، فإن رضيت فلها ثلث القسم .
 قال مالك : وإنما جعلنا للحرة الخيار في ذلك لما قالت العلماء^(٥) ، ولولا ما قالوه لرأيت حلالاً ، لأنه في كتاب الله حلال .

قال سحنون : هو قوله تعالى : ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾^(٦) .

وقال ابن القاسم : إنما جعلنا الخيار للحرة إذا تزوج عليها أمة ، أو تزوجها هي على الأمة والحرة لم تعلم ، لأن الحر ليس من نكاحه الأمة إلا أن يخشى العنت^(٧) ، فإذا خشي العنت وتزوج أمة كانت الحرة بالخيار^(٨) .

-
- (١) أي فيما إن نكح أمة على حرة .
 - (٢) وهو أن الخيار للحرة في أن تقيم مع زوجها أو تفارقه وقد تقدم قريباً .
 - (٣) أي بفسخه ، لأن في ذلك إضراراً بغيرها .
 - (٤) انظر : المعونة ٧٩٨/٢ .
 - (٥) يريد سعيد بن المسيب وغيره ، وقد تقدم ذكر ذلك أول الباب .
 - (٦) سورة النور : آية ٣٢ .
 - (٧) لقوله تعالى بعد اشتراط عدم الطول لنكاح الحر الأمة : ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾ .
 - سورة النساء : آية ٢٥ .
 - (٨) انظر : المدونة ٢٠٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

وقال عبد الوهاب : إنما كان للحرّة الخيار للنقص الداخل عليها بأن تكون
ضرتها أمة .

قال : وإذا تزوج الحرّة على الأمة ولم تكن علمت فقبل : له الخيار بين أن
تقيم أو تفارق .

وقيل : لا خيار لها .

فوجه أن لها الخيار فلرفع الضرر عنها بأن تكون ضرتها أمة .

ووجه أن لا خيار لها فلأنها فرطت في استعلاء ذلك^(١) .

قال الشيخ : فصار في نكاحه^(٢) الأمة على الحرّة ثلاثة أقوال :

قول : أن الحرّة مخيرة في أن تقيم أو تفارق ، والثاني : أن تقيم مع الأمة أو
تطبقها عليه ، والثالث : أنه يفسخ على كل حال .

وصار في نكاحه الحرّة على الأمة قولان :

أحدهما : إن لم تعلم الحرّة خيرت الحرّة بين^(٣) أن تقيم أو تفارق .

والثاني : لا خيار للحرّة .

وذكر في الواضحة أحاديث عن عمر وغيره من الصحابة إذا تزوج الحرّة
على الأمة فرق بينه وبين الأمة^(٤) ، واختار ذلك عبد الملك بن حبيب واستحسنه .

^(٥) قال : إلا ألا يكتفي بالحرّة ولا يجد ما ينكح به حرّة أخرى فلا تحرم عليه
الأمة التي عنده^(٥) ^(٦) .

(١) قال عبد الوهاب : وكل هذا إذا كان الزوج حراً .

انظر : للمعونة ٧٩٨/٢ ، ٧٩٩ .

(٢) أي الحر .

(٣) "بين" ليست في ز .

(٤) أخرجه سعيد ، باب نكاح الأمة على الحرّة والحرّة على الأمة ١٩٨/١ رقم (٧٤٢) ،

والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب من زعم أن نكاح الحرّة على الأمة طلاق الأمة ٢٨٥ ٧ رقم

(١٤٠٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : نكاح الحرّة على الأمة طلاق الأمة .

(٥) ساقط من أ ، ب .

(٦) انظر : التوادر والزيادات ل ٢٥١/٢ ، ب .

فصل [٣ - في شروط نكاح الحر الأمة]

ومن المدونة : قال ابن وهب : قال مالك : ويجوز للحر أن ينكح أربع مملوكات إذا كان على ما ذكره الله تعالى في كتابه في قوله ^(١) : ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْحَصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ ^(٢) .

قال : والطول عندنا المال ، فمن لم يستطع طَوْلاً وخشي العنت فقد أُرخص الله له في نكاح / أمة مومنة .

[١/٦٤]

وروى ابن وهب وابن القاسم وعلي بن زياد عن مالك أنه قال : لا ينبغي للحر أن يتزوج أمة وهو يجد طَوْلاً لحره ، ولا في عدم الطول إلا أن يخشى العنت كما قال الله تعالى .

وقال غيره ^(٣) : لا ينكح أمة على حرة إلا أن تشاء الحرة ، وهو لا ينكحها على حرة ، ولا على أمة ، وليس عنده شيء ^(٤) ، ولا على حالٍ إلا أن يكون ممن لا يجد طَوْلاً وخشي العنت .

قال مالك : وليس الحرة تحته بطولٍ يمنعه نكاح أمة إذا خشي العنت ، لأنه لا يتصرف فيها تصرف المال فينكح بها .

قيل لابن القاسم : فإن لم يخش على نفسه العنت وتزوج أمة ؟ قال : كان مالك يقول : ليس له أن يتزوجها إذا لم يخش العنت ، وإن كان تحته حرة فلا يتزوج أمة ، فإن تزوجها على حرة ففرق بينه وبين الأمة ، ثم رجع فقال : إن تزوجها خبرت الحرة ^(٥) .

(١) "في قوله" ليست في ز .

(٢) سورة النساء : آية ٢٥ .

أي يكون الحر ممن لا يجد طَوْلاً ، ويخشى العنت على نفسه .

(٣) وهو ابن نافع عن مالك .

(٤) "وليس عنده شيء" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٠٥ .

قال عبد الوهاب : فوجه القول الأول^(١) بأنه يفرق بينه وبين الأمة ، لأن الحرية تحتها من الطول ، لأن الطول كونه قادراً على صداق الحرية ، فكأن الحرية تحتها أولى بأن تكون طويلاً .

ووجه قوله أنه يصح وتخير الحرية : أن الطول القدرة على صداق حرية ، لا على حرية متقدمة كما قال مالك ، لأنه لا يتصرف فيها تصرف المال فينكح بها^(٢) .

فصل [٤ - في نكاح العبد حرية على أمة ، أو أمة على حرية]

ومن المدونة : قال مالك : وإذ انكح عبد حرية على أمة ، أو أمة على حرية فلا خيار للحرية ، لأن الأمة من نسائه .
قال مالك : ويقسم العبد بين الحرية والأمة بالسواء^(٣) .

فصل [٥ - في تسري العبد والمكاتب]

وللمكاتب والعبد التسري في أموالهما بغير إذن السيد^(٤) .
ابن وهب : وقاله غير واحد من العلماء والتابعين^(٥) .
قال الشيخ : يريد إذا كان العبد مأذوناً له في التجارة ، وأما المحجور فلا إلا بإذنه .

قال مالك في المختصر الكبير : إن كان بيد العبد مالٌ للسيد فليس له أن يتسرى فيه وإن أذن له إلا أن يهب له المال فله حيث يشاء أن يتسرى وإن لم يذكر له التسري فيه^(٦) ^(٧) .

(١) "الأول" ليست في ز .

(٢) انظر : المعونة ٢/٧٩٨ .

(٣)، (٤) انظر : المدونة ٢/٢٠٦ ، نهذيب المدونة ص ٨٤ .

(٥) كابن شهاب ويحيى بن سعيد . انظر : المدونة ٢/٢٠٦ .

(٦) "فيه" ليست في ز .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٥٠/ب .

فصل [٦ — في نكاح المكاتب والمكاتبة بغير إذن السيد]

قال ابن القاسم : ولا يتزوج مكاتبٌ ولا مكاتبةٌ بغير إذن السيد لرجاء فضلٍ أو غيره ، لأن ذلك يعيبهما إذا عجزا^(١) ، فإِنْ فعلا فليسيد فسخه .
ولا يجوز لمن عليه رقٌ لغيره أن ينكح إلا بإذن من له الرق فيه^(٢) ، قال الله تعالى ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾^(٣) .

(١) أي عجزا عن أداء دين الكتابة .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٠٦ ، تهذيب المدونة ص ٨٤ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٥ .

والمستدل بالآية المؤلف وليس ابن القاسم كما يظهر من السياق .

[الباب الثاني والعشرون]
في الأمة والحرّة والعبد يغفرون^(١) من أنفسهم
أو يغفر منهم أجنبي

[فصل ١ — في الأمة تَغُورُ من نفسها وحكم ولدها]

وقد قضى عمر وعثمان في ولد الأمة الغائرة لسيدتها بمثلهم^(٢) .

قال مالك : وذلك يرجع إلى القيمة^(٣) (٤) .

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة أخبرت أنها حرّة ثم علم قبل البناء أنها أمة أذن لها السيد أن تستحلف رجلاً على إنكاحها ، فليزوج الفراق ، ولا صدق لها ، وإن كان قد بنى بها فلها المسمى إلا أن يزيد على صدق المثل فليزداد^(٥) .

قال ابن القاسم : وإن شاء ثبت على نكاحها وكان لها المسمى^(٦) .

قال الشيخ : وبيانه أن لها الأقل من المسمى أو صدق المثل .

قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز : فإن نقص المسمى عن صدق المثل فعلى الزوج تمامه .

وقال شهب : لاشي عليه فيما نقص عن ذلك ، ولا حجة للسيد / كما لو [٦٤/ب زنى بها طائفة^(٧) .

(١) النور لفة : مشتق من عَرَفَ يَفْرُهُ عَرّاً وَعُرُوراً وَغَيْرُهُ فهو مَعْرُورٌ وَغَيْرُهُ ، والمعنى : خدعه وأطعمه بالباطل ، انظر : اللسان ، مادة (عَرَر) .

والنور في النكاح عَرَفَهُ ابن عرفة بأنه : إخفاء نقص معتبر بأحد الزوجين بذكر ثبوت نقيضه أو تقرر عَرَفُهُ بثبوته . شرح حدود ابن عرفة ٢٥٤/١ .

(٢) أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الأمة تغر الحر بنفسها ٢٧٨، ٢٧٧/٧ رقم (١٣١٥٧، ١٣١٥٥) .

(٣) لأن العبد لا يؤتى بمثله ولا نحوه . انظر : سنن البيهقي ٣٥٨/٧ .

(٤) (٥) ، (٦) انظر : المتنونة ٢٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٧) نظر : النوادر والزيادات ل ٢٥٢/أ .

قال الشيخ : يريد : فلا يكون عليه شيء . فكذلك مازاد على المسمى لاشيء نسيد فيه .

قال الشيخ : وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة^(١) .
ومن العتبية : قال أصبغ : قال ابن القاسم : وإذا قال الزوج : ظنتها حرة ، فهو على قوله ، قال أصبغ : والسيد مدّعٍ فعلية البينة^(٢) ، وليس على الزوج بينة أنه نكح على أنها حرة^(٣) .
قال في كتاب محمد^(٤) : وإذا زوج الحر امرأة ولم يشترط أنها حرة فله الخيار إذا ظهر أنها أمة .

قال أصبغ في العتبية : ولو أقر الزوج الآن أنه نكحها علماً أنها أمة ، وقد فشا أنها غرته من الحرية ، والسماع على ذلك أو الشك فلا يصدق الأب على ما يدفع عن نفسه من غرم قيمة وبده ويريد إرقاقهم^(٥) .
ومن المدونة : قال مالك : وللسيد على الأب قيمة الولد يوم الحكم ، ولا شيء على الأب فيمن مات منهم قبل ذلك^(٦) ، ومن قَتَلَ ولدها فأخذ الأب منه دية حر ، ثم استحققت^(٧) الأم فعلية الأقل من قيمته يوم القتل عبداً أو مأخذاً في ديته^(٨) .

(١) كما تقدم ، وإنما يرد مازاد على المسمى إلى الزوج .

(٢) أي على أنه علم أنها أمة .

(٣) فالقول قوله ، لأن نكاحه إياها بإذنها ورضاها شاهد على أنه إنما تزوجها على أنها حرة .

انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٧٤، ٧٣/٥ .

(٤) قال في كتاب محمد " ليست في ز .

(٥) وهم أحرار .

انظر : المصدر نفسه ٧٤/٥ ، النوادر والزيادات ل ٢٥٢/أ .

(٦) أي قبل أن يستحقهم سيد أمهم .

(٧) الاستحقاق لغة : مصدر استحق ، ومعنى استحق الشيء : استوجبه .

انظر : اللسان ، مادة (حقن) .

وشرعاً : رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض .

شرح حدود ابن عرفة ٤٧٠/٢ .

(٨) انظر : المدونة ٢٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

ابن المواز : وقال أشهب : لاشئ للمستحق من قيمة الولد ، كما لو اقتص الأب من قاتله ، أو هرب قاتله ، وكما لو مات الولد وترك مالا كثيرا لكان ذلك لأبيه خاصة .

قال أصبغ : إذا قتل لولد فأخذ الأب ديتهم فاستهلكها ثم أعدم في قيام السيد فلا يرجع السيد على غارم الدية بشئ ، لأنه ودى ذلك بحكم لزمه^(١) .
ومن المدونة : وإن استحيقت وفي بطنها جنين فعلى الأب قيمته يوم الوضع وهو حر ، ولو ضرب رجل بطنها قبل الاستحقاق أو بعده فألقت جنينا ميتا فللأب عليه غرة عبد أو وليدة^(٢) ، لأنه حر ، ثم للمستحق على الأب الأقل من ذلك أو من عشر قيمة أمه يوم ضربت ، ولا يكون على الأب أكثر مما أخذ ، ولا عسى الضارب أكثر من الغرة^(٣) .

ابن المواز : وقال أشهب : لاشئ للمستحق كما قال في القتل .
ومن المدونة : قال ابن القاسم : قال مالك^(٤) : وولدها لاحق النسب ، له حكم الحر في النفس والجراح^(٥) ، وفيه الغرة قبل الاستحقاق وبعده .
وإن استحيقت الأمة بعد موت زوجها ولم يدع مالا ، أو كان زوجها حيا وهو عديم وله منها ولد موسر ، فللمستحق على الولد قيمته^(٦) ، وإن كان عديما فذلك عليه إن أيسر ، وقيل : لاشئ على الولد من قيمة نفسه .

-
- (١) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٥٢/١ .
(٢) قوله : غرة عبد أو وليدة ، أي العبد نفسه أو الوليدة نفسها ، وعبر عنهما بالغرة . والغرة البياض ، وكل شيء يبيض عند العرب غرة . انظر : غرر المقالة في شرح غريب لرسالة ص ٢٣٩ .
قال ابن عرفة : الغرة : دية الجنين المسلم الحر حكما يلقى غير مستهل بفعل آدمي . شرح حدود ابن عرفة ٦٢٣/٢ .
(٣) لأنه حر . انظر : المدونة ٢٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .
(٤) "قال مالك" ليست في ز .
(٥) فديته دية حر وإن كانت قيمته أضعاف الدية ، ويقتل من قتله من الأحرار عمداً ، وتحمل العاقلة الخطأ فيهم ، وعلى العاقلة ما جنوا . انظر : المدونة ٢٠٧/٢ .
(٦) لأن الغرم إنما كان على أبيه لمكان رقبته ، فإن لم يوجد عند الأب شيء كان ذلك عليه إن كان مليئا . انظر : المصدر نفسه ٢٠٨/٢ .

قال ابن القاسم : والقول فيها وفي ولدها كالقول في المستحقة بيد مشتر^(١) سواء ، وذلك في كتاب الاستحقاق مستوعب^(٢) .

ولو استحق الأمة عم الولد أخذ قيمتهم ، إذ لا يعتق عليه بنوا أخيه ولو كان جدهم لم يأخذ قيمتهم ، لأنهم يعتقون عليه ، ولا شيء له من ولانهم ، لأنهم أحرار ، وإنما أخذت القيمة منهم بالسنة^(٣) .

قال ابن المواز في كتاب الغصب : ويكون ولاؤهم لأبيهم^(٤) .

قال الشيخ : ولو كان إنما زوجه أبوه أمة وهو عالمٌ فها هنا يكون ولاء ولده لجدهم ، لأنهم عليه عتقوا ، لأنه لو كان الزوج أجنبياً لكانوا لسيد الأمة أرقاء ، فإذا كان ولده عتقوا عسى الجدة لأنهم ولد ولده ، وفي الغارة هم أحرار ، وفي الولد وفي الأجنبي لم يعتقوا على أحد ، وإنما أخذت القيمة فيهم بالسنة ، فالموضع الذي يكونون فيه أحراراً يكون ولاؤهم في مسألة الولد للوالد^(٥) ، والموضع الذي يكونون فيه أرقاء يكون في مسألة الولد ولاؤهم لجدهم .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو غرّت أمة الأب ولده / فتزوجها [١/٢٥] فولدت منه ثم استحقها الأب فلا شيء له من قيمة ولدها ، إذ لو ملكهم عتقوا عليه وكذلك إن غرت أمة الولد والده فتزوجها فولدت منه^(٦) .

(١) وهي التي اشترت على أنها أمة للثام ثم تبين أنها أمة لغيره .

(٢) "مستوعب" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٠٧، ٢٠٨ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٤) انظر : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاطب ، ضبط وتخريج زكريا عميرات (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ) ١٦٤/٥ .

(٥) في أ ، ب "للولد" .

(٦) أي فلا شيء له من قيمتهم ، قال ابن القاسم : لأن مالكاً قال : إذا ملك الرجل أخاه أو اباه أو ولده أو ولد ولده فهو حر .

انظر : المدونة ٢/٢٠٨ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

قال سحنون في المجموعة : إذا غرت أمة الابن والده فتزوجها على أنها حرة فإن الأب يغرم قيمتها لولده ، وتكون أم ولد للأب ، وليس للابن أخذها ، ولا شيء على الأب من قيمة الولد ، والتزويج فيها ليس بتزويج .
وأما الابن الذي غرته أمة الأب فهو مثل الأجنبي يكون له صدق مثلها ، ويأخذها الأب ولا قيمة عليه في الولد^(١) .

فصل ٢ — في ولد الغارة إن كانت أم ولد

ومن المدونة : قال مالك : ولو كانت الغارة أم ولد فلمستحقها قيمة الولد على أبيهم عسى رجاء العتق لهم بموت سيد أمهم وخوف أن يموتوا على الرق قبله ، وليس قيمتهم عسى أنهم عبيد ، لأنهم يعتقدون إلى موت سيد أمهم ، ولو مات سيد أمهم قبل القضاء لم يكن لورثته من قيمة الولد شيء ، لأنهم بموت السيد عتقوا^(٢) .
قال مالك : وإن وجد السيد ولدها مقتولاً فديته لأبيه دية حر ، ويكون لسيد الأمة عسى أبيه الأقل مما أخذ أو من قيمتهم يوم القتل على الرجاء والخوف^(٣) .
قال الشيخ : هكذا نقلها أبو محمد : قيمتهم عسى الرجاء والخوف ، وهو الصواب ، لأن الأب يقول : لو لم يقتلوا ما كان يلزمي إلا قيمتهم عسى الرجاء والخوف ، فإذا كان ذلك أقل مما أخذت من الدية لم يلزمي غيره .
قال الشيخ : وقال بعض أصحابنا : بل^(٤) يغرم الأقل مما أخذ أو قيمة الولد عبداً ، لأن ولد أم الولد إذا قتل إنما تجب على القاتل قيمته عبداً^(٥) .
قال الشيخ : وتشبيهه قتله بما يلزم أباه فيه غلط ، لأن ولد الغارة قد جعل قيمتهم على الأب على الرجاء والخوف تخفيفاً عنه ، بخلاف ما يلزم القاتل فيهم .

(١) انظر : مواهب الجليل ١٦٤/٥ .

(٢) قبل أن يقضى بالقيمة .

(٣) انظر : المدونة ٢٠٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٤) "بل" ليست في أ .

(٥) انظر : انكس والفروق ل ٦٤/ب .

[فصل ٣ — في ولد الغارة إن كانت مدبرة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن غرت مدبرةٌ ففسي ولدها القيمة على الرجاء [والخوف] ^(١) أن يعتقوا أو يرقوا ، بخلاف ولد أم الولد ^(٢) .

قال الشيخ : يريد قيمتهم على أنهم يعتقون بموت السيد إذا حملهم الثلث ولادين على السيد ، أو على أن يعتق ما حمل الثلث منهم ، أو يرقوا إن كان على السيد دين ، أو يموتوا قبل ذلك ، فالخوف في رقهم أشد منه في ولد أم الولد ، لأن العتق إنما يلحقهم في حال ^(٣) ويمتنع في أحوال ، فلذلك قال : بخلاف ولد أم الولد . وقال ابن المواز : بل يغرم الأب قيمتهم رقيقاً ، لأنهم يرقون أحياناً ولا ينفذ لهم العتق إلا بعد الموت من الثلث ، والعتق فيهم اليوم أوكد من التدبير ، كما لو اشترى رجلاً مدبراً فأعتقه وهو لا يعلم ، ثم علم أنه مدبرٌ ، ما كان من البائع أن يرد شيئاً من ثمنه على المشتري وإن كان قد غره ^(٤) .

[فصل ٤ — في ولد الغارة إن كانت مكاتبة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن كانت مكاتبةٌ غرت من نفسها فولدت فلتؤخذ من الأب قيمتهم ^(٥) .
- قال ابن المواز : عبيداً ^(٦) - .

(١) من المدونة .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٠٩ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٣) في زريدة "ويمتنع في حال" .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٥٢/ب .

(٥) لأنهم إن عتقت أمهم عتقوا بعتقها لأنهم في كتابتها .

انظر : المدونة ٢/٢٠٩ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٥٢/ب .

قال ابن القاسم : فتوضع تلك القيمة على يدي رجل [عدل] ^(١) فإن عجزت أخذ السيد القيمة ، وإن ودت ^(٢) رجعت القيمة إلى الأب ^(٣) .

قال ابن المواز : واختلف فيه أصحابنا ، وأحب إلي أن تعجل فيه ^(٤) القيمة للسيد فيحسبها في الكتابة إن كانت أقل منها أو مثلها ، وإن كانت أكثر لم يلزم الأب إلا الأقل / من بقية الكتابة ، أو من ^(٥) قيمة الولد .

[٦٥/ب]

قال : وزعم ابن القاسم أن القيمة توقف ^(٦) ، والذي يدخل عليه في ذلك أن يقال : أليس كل ما ولدته المكاتب مدة الكتابة داخل في كتابتها؟ فكتابتها أحق بقيمة ولدها ، كما لو قتل ، وكما لو أعتقه السيد وهو ممن يسعى برضى الأم لسقط عنها ما يقع عليه من الكتابة ، وولد هذه المستحقة دخله عتق لابد منه ، وقد كان في كتابة أمه لولا هذه الحرية ، فقيمته عوض منه .

قال ابن المواز : وأما المعتقة إلى أجل فولدها بمنزلتها ، وعلى الأب قيمتهم عسى أنهم أحرار إلى ذلك الأجل ^(٧) .

قال ابن المواز : وإنما لزم الأب في ولد المستحقة قيمتهم يوم الحكم ، لأنه ليس بغاصب ، وقد قال عمر وعثمان : إنه يحكم لمستحق أمهم بأمثالهم ^(٨) ، فجعلت القيمة موضع ذلك ، قال مالك : القيمة أعدل .

(١) من المدونة .

(٢) أي أدت دين الكتابة .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٠٩ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٤) "فيه" ليست في ز .

(٥) "من" ليست في ز .

(٦) "مدة الكتابة" ليست في أ ، ب .

(٧) انظر : النواذر والزيادات ل ٢٥٢/ب .

(٨) سبق تفريجه ص ١٥٠ .

فصل [٥ — في المغرور إن كان عبداً]

ومن المدونة : قال ابن القاسم^(١) : وإن غرت الأمة عبداً أنها حرةٌ فتزوجها فولدت منه ، فولدها يرق برقها ، إذ لا بد من رقه مع أحد الأبوين ، فجعلتهم تبعاً للأم ، لأن العبد لا يفرم قيمتهم^(٢) .

قال في كتاب ابن المواز : ويرجع العبد على من غره بالمهر ، ثم لا يرجع من غره عليها ، وإن لم يفره منها أحدٌ رجع عليها بالفضل على صداق مثلها ، لحجته أنه رغب في حرية ولده ، وهذا إن اشترط أنها حرةٌ ، أو ظهر وجهٌ عليمٌ به أنه عمل على أنها حرة ، وإلا فلا يرجع بشيءٍ من الصداق ، بخلاف الحر^(٣) لا يشترط حريتها ثم يظهر أنها أمة^(٤) .

فصل [٦ — في الغار إن كان أجنبياً]

ومن قال لرجل : فلانة حرة ، ثم زوجها إياه غيره فولدت أولاداً ، ثم إنها استحققت أنها أمةٌ فلا يكون المخير هاهنا غاراً ، ولا يرجع الزوج عليه بشيءٍ ، علم المخير أنها أمةٌ أم لا ، وكذلك إن ولي المخير العقد ولم يعلم أنها أمة ، وأما إن ولي المخير العقد وهو يعلم أنها أمة فهاهنا يكون غاراً ، ويرجع الزوج عليه بما ودى من الصداق^(٥) .

ابن المواز : كان المخير ولياً لها أم لا ، فإنه يفرم إذا علم ثم عقد ، ولا يترك لها ربع دينارٍ، وكأنه باعه البضع فاستحق^(٦) .

(١) في أ ، ب "مالك" .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٠٩، ٢١٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٣) في جميع النسخ "الحرّة" .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٥٢/ب .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢١٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٥٢/أ .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولا يرجع عليه بما يغرم من قيمة الولد ، إذ لم يغره من ولده .

قال : ولو أنه إذ غره علماً وولي العقد أعلمه أنه غير ولي لها لم يرجع عليه الزوج بشئ^(١) .

قال الشيخ : لأنه دخل على أمر للولي فيه الخيار عنده وإن لم يعلم أنها أمة .

[فصل ٧ — في العبد يغرم من نفسه]

قال مالك : ولو غر عبداً حرّاً فتزوجته على أنه حر ، وأجاز السيد نكاحه ، فلها أن تحتار فراقه^(٢) ما لم تدعه يطوها بعد علمها به أنه عبد .

قال ابن القاسم : وإذا كرهته فرق السلطان بينهما إلا أن يتطوع الزوج بالفراق دونه^(٣) .

قال ابن شهاب : ويجلد العبد نكالاً بما كذبها وخلبها^(٤) .

(١) لأنه لا يعتبر غاراً هاهنا . انظر : المدونة ٢/٢١٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٢) فإن فارقت قبل البناء فلا شيء لها ، وإن بنى بها فلها الصداق ، وإن لم يقل لها : إني حر ، ولا عبد ، فلها الخيار أبداً وهو غار حتى يخبرها أنه عبد .

انظر : التوادر والزبادات ل ٢٥٢/ب .

(٣) أي فيلزم . انظر : المدونة ٢/٢١٠، ٢١١ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٤) قال ابن شهاب ذلك في عبده انطلق إلى حي من المسلمين فحدثهم أنه حر فزوجوه امرأة حرّة ولم تعلم بذلك ، فقال : السنة في ذلك أن يفرق بينهما حين تعلم بذلك . ثم تعتد عدة الحرّة المسلمة ويجلد العبد نكالاً لما كذبها وخلبها وأحدث في الدين .

انظر : المدونة ٢/٢١٠، ٢١١ .

وقوله : خلبها : أي غدعها . انظر : اللسان ، مادة (خلب) .

ومن كتاب ابن المواز : أنها إذا أقامت سنين مع مكاتب تزوجها ، ثم قالت .
لم أعلم أنه مكاتبٌ ، وقد غرّني ، فلتحلف أنها ماعلمت ولها الخيار .
قال أصبغ : تحلف أنها ماعلمت أنه مكاتبٌ ، ولا ينفعها أن تقول : ظننت
المكاتب حراً .

قال ابن حبيب : ولو قالت : جهلت أن لي الخيار ، لم تُعذر بذلك .^(١)

[فصل ٨ — في النصرانية تغر المسلم ، والمسلم يغر النصرانية]

ومن تزوج نصرانيةً ولم يعلم فلاحجة له في ذلك حتى يشترط أنها مسلمة ،
أو يظهر ويعلم أنه إنما تزوجها على أنها مسلمة لما كان يسمع منها ، فيكون منها
الكتمان وإظهار الإسلام ، فهذا كالشرط ، وأما المسلم يغر النصرانية فيقول لها :
إنني على دينك ، فيتزوجها ثم تعلم بذلك^(٢) أن لها الخيار ، لأنه غرها ومنعها من /
كثير مما يبيحه لها دينها^(٣) من شرب الخمر وغيره ، قاله مالك .
وقال ربيعة : لا خيار لها وليس الإسلام بغييب^(٤) .

(١) انظر : التوادر والزيادات لـ ٢٥٣ / ١ .

(٢) "بذلك" ليست في ز .

(٣) "ما يبيحه لها دينها" ليست في ز .

(٤) انظر : المصدر نفسه لـ ٢٥٣ / ١ .

[الباب الثالث والعشرون] ما تُردُّ به المرأة والرجل من عيب ، ومن غر من ذلك وذكر العنين والخصي والمجبوب

[فصل ١ — فيما تُردُّ به المرأة من العيوب]

روي أن الرسول عليه الصلاة والسلام زوج امرأة من بني غفار^(١) ، فوجد بكشْحَهَا^(٢) بياضاً ، فردها وقال : " دلّستم علي "^(٣) .
ورأى عمر بن الخطاب وعلي رضي الله عنهما وغيرهما ردّ النساء من العيوب الأربعة : الجنون ، والجذام ، والبرص^(٤) ، وعيب الفرج^(٥) .
قال الشيخ : ولا يخالف لهم ، لأنها عيوب تؤثر في الاستمتاع المقصود ، وتنقص كمال اللذة فرجب أن يثبت معها الخيار ، أصله الحب والعنة^(٦) .

-
- (١) هكذا في مصادر تخريج الحديث ، وفي نسخ الجامع "بني بياضة" .
(٢) الكشْح : هو ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي . انظر : المصباح المنير ص ٥٣٤ .
(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب المرأة يتزوجها الرجل وبها برص أو جذام فيدخل بها ٤٧٦/٣ رقم (١٦٢٩٨) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما يرد به النكاح من العيوب ٣٤٨/٧ رقم (١٤٢١٩) ، والحاكم ، كتاب معرفة الصحابة ٣٦/٤ رقم (٦٨٠٨) .
وهذا الحديث ضعيف تفرد به جميل بن زيد الطائي قال البخاري : لم يصح حديثه ، وقال أبو حاتم والبغوي : ضعيف الحديث . انظر : تعجيل المنفعة ص ٥٢ رقم (١٤٤) .
(٤) البرص : بالفتح بياض ، داء معروف ، وعلامته أن يعصر اللحم فلا يحمر ، وقد برّص يفتح الباء وكسر الراء فهو أبرص . تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٥٤ .
(٥) أخرج أثر عمر رضي الله عنه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما يرد به النكاح من العيوب ٣٤٩/٧ رقم (١٤٢٢٤) .
وأخرج أثر علي رضي الله عنه عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب ما يرد من النكاح ٢٤٣/٦ رقم (١٠٦٧٧) .
(٦) أي في الرجل يجمع التأثر في الاستمتاع المقصود . انظر : المعونة ٧٧٢/٢ .

قال مالك في كتاب محمد : وسواءً كان اليرص الذي بالمرأة قليلاً أو كثيراً^(١).
قال في المدونة : ولا صداق لها إن لم ين بها ، وإن بنى بها فلها الصداق ،
ويرجع به الزوج على وليها إن كان الذي أنكحها أبٌ ، أو أخٌ ، أو من يرى أنه
يعلم ذلك منها ، لأنه غر الزوج منها .

قال ابن القاسم : ثم لا يرجع به الولي^(٢) عليها .

قال مالك : وإن كان الذي أنكحها ابن عم ، أو مولى ، أو السلطان ، أو من
لا يظن به علم ذلك فلا شيء عليه ، وترد المرأة ما أخذت إلا ربع دينار ، لأنه هي
الغارة^(٣) .

قال عبد الوهاب : وخالفنا الشافعي في ذلك وقال : لا يرجع على المرأة
ولا على الولي بشيء^(٤) ، ودليلنا ماروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : إنما رجل
نكح امرأة وبها جنونٌ أو جُذامٌ أو برصٌ فمسّها فلها صداقها ، وذلك لزوجها
غرم^(٥) على وليها^(٦) ، ونحوه عن علي رضي الله عنه^(٧) ولا يخالف لهما من الصحابة
ولأننا لو قلنا : إنه لا رجوع له عليه لألزمناه العوض من غير أن يحصل له في مقابلته
الاستمتاع الذي دخل عليه ، لأنه دخل على التأيد لا على مرة واحدة .

وإنما قلنا : يرجع على الولي بجميع الصداق ، وعلى المرأة به إلا ربع دينار ،
لثلا يعرى البضع من عوض ، ومن الولي يبقى لها جميعه فلم يعر من عوض^(٨) .

(١) انظر : الترادد والزيادات ل ٢٥٤/١ .

(٢) في أ ، ب "الأب" .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢١١، ٢١٢، ٢١٤ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٤) انظر : الأم ٥/١٢٤ ، التبيه ص ١٦٢ .

(٥) "غرم" ليست في ز .

(٦) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في الصداق واحباء ٤١٦/٢ رقم (٩) .

(٧) أخرجه سعيد بن منصور ، باب من يتزوج امرأة مجنونة أو مجذومة ٢١٣/١ رقم (٨٢١) .

(٨) انظر : المعونة ٧٧٢/٢ .

ومن كتاب ابن المواز : وإذا كان الولي الذي يرجع عليه عديماً ، أو مات ولا شيء له ، لم يرجع على المرأة بشيء ، وليس عيبها أن تخبر بعيبها^(١) ولها ولي ، والمكر والثيب في ذلك سواء ، وقاله أصبغ عن ابن القاسم في العتبية^(٢) .
وقال ابن حبيب : بل يرجع على المرأة إن كانت مليمة ، وإن كانت عديمة^(٣) رجع على أولهما يُسراً^(٤) .

قال في كتاب ابن المواز : وإذا كان الولي البعيد يعلم ذلك منها حين عقد ، فعليه يرجع الزوج ، ويبقى للمرأة مهرها ، وهذا إن أقر ، أو قامت بيعة عليه ، وإلا لم يحلفه إلا أن يدعي الزوج علمه بأمر علمه^(٥) فليحلف ، فإن نكل حلف الزوج لقد^(٦) علم وغره ، وإن نكل فلا شيء له عيه ولا على المرأة . لإقراره بعلم الولي به ، وأنه غره .

ابن المواز : وأما الولي القريب فذلك عيه ويغرم المعجل ، فإذا ودى الزوج المؤجل رجع حيثنذ به عليه .

قال : وإن زوجها الأخ وهي بكرٌ بإذن الأب فالغرم على الأب ، وإن كانت ثيباً فعلى الأخ ، وإن كان زوجها غير ولي عالماً بعيبها وكنمه عليه^(٧) فعليه يرجع ، إلا أن يعلم أنه غير ولي ، أو يعلم ذلك الزوج فلا شيء عليه وإن كنمه ، كالمنادي على السلعة بخبر أنها لغيره فالعهدة على ربها . /

قال مالك : وليس على الولي أن يخبر بعيب وليته ولا يفاحشها إلا العيوب الأربعة^(٨) ، ومثل أن يعلم أنها لا تحل له من رضاع أو نسب ، أو معتدة .

(١) في أ ، ب "عن نفسها" .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٩٤، ٩٣/٥ .

(٣) أي هي والولي .

(٤) ولم يكن لمن رجع عليه منهما أن يرجع على صاحبه بما رجع عليه .

النواذر والزيادات ل ٢٥٣ / ١ .

(٥) في ز زيادة "الزوج" .

(٦) في ز "بعد" .

(٧) "عليه" ليست في ز .

(٨) وهي الجنون والخلام والبرص وداء الفرج ، وقد تقدم ذكرها قريباً .

قال ابن حبيب : وتفسير داء الفرج: ما كان في الفرج والرحم مما يقطع اللذة في الوطء ، فإن علم بذلك أو ببقية^(١) العيوب الأربعة ثم دخل بها فلاحيار له ، وإن بنى بها قبل أن يعلم ثم علم فأمسك فهو مخير ، فإن ادعت أنه مسها أو تلذذ بها بعد العلم^(٢) ، فأنكر ، حلف وصدق ، فإن نكل حلفت وصدق ، وإن لم تدع ذلك عليه فلا يمين عليه .

ابن المواز : قال مالك : إذا قال الزوج : كان بها الجذام قديماً ، وقال الأب : بل زوجتك صحيحة ، فالأب مصدق .
ابن المواز : مع يمينه^(٣) .

ومن المدونة : قال ربيعة : إذا وطئها بعد العلم بعيبها فقد لزمته .

قال ابن وهب : وكتب عمر بن عبد العزيز في الذي رأى في زوجته وضحاً من بياض فردها به أن استحلفه بالله في المسجد ما تلذذ منها بشيء منذ رأى ذلك بها ، واستحلف إخوتها أنهم لم يعلموا بالذي كان بها قبل أن يزوجه ، فإن حلفوا فأعط المرأة من صداقها ربعه^(٤) .

قال الشيخ : وهذا خلاف ما تقدم^(٥) وهو اجتهد منه^(٦) واستحسان .

قال مالك : ولا ترد المرأة إذا وجدت عمية ، أو عوراء ، أو مقعدة ، أو قطعاء ، أو شلاء ، أو سوداء ، أو قد ولدت من زنا ، ولا من شيء سوى العيوب الأربعة^(٧) .

(١) في أ ، ب "بأحد" ومأثنته أصح لأن داء الفرج أحد العيوب .

(٢) في ز "أو تلذذ منها من بعد العلم" .

(٣) ويكون القول قوله إذا كان اتداعي بعد الدخول .

انظر : المصدر نفسه ل ٢٥٣/أ ، ب ، ٢٥٤/أ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢١٤ ، ٢١٥ .

(٥) وهو أن التي ترد بسبب العيب قبل البناء ليس لها شيء من الصداق .

(٦) منه "ليست في ز" .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٢/٢١١ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

قال الشيخ : لما جاء في ذلك من السنة^(١) ، ولأن العيوب الأربعة : البرص وعيب الفرج مما يخفى ، والجنون والجذام ضررٌ شديدٌ ، وأما غير ذلك من العيوب فالغالب منها أنها لا تخفى ، فالزوج مُفَرِّطٌ في استعلام ذلك ، ولأن له أن يشترط السلامة ، فلزمه ذلك بتفريطه^(٢) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن اشترط السلامة مما ذكرنا^(٣) ثم يجد ذلك بها فلا صداق لها إن لم ين بها ، وإن بنى بها فلها المهر ، ويرجع به عني الولي الذي شرط له ذلك .

قال مالك : وما علم أهل المعرفة أنه من عيوب الفرج رُدَّتْ به وإن جامعها وقد تجامع المجنونة^(٤) .

قال^(٥) في كتاب محمد : وإذا كان الرثق^(٦) من قبل الختان فإنه يَبْطُ على ما أحببت أو كرهت إذا قال النساء : إن ذلك لا يضرها ، وإن كان يَحُلِقُ فإن رضيت بالبط فلا خيار له ، وإن أبت فالخيار إليه .

قال أصبغ : وإذا أقامت للعلاج وهو يتمتع بها ، فإن طال ذلك كطول أمد العنين في علاجه فلها جميع الصداق ، كالسنة وماقاربتها من كثير الأشهر .

قال ابن حبيب : وإن زعم أن بها رتقاً ، أو غيره من داء الفرج فأكذبه فهي مصدقة ، وإن طلب أن ينظر إليها النساء فليس ذلك له ، فإن فارق وادعت المسيس

(١) لعله يشرح إلى حديث : "اجتنبوا في النكاح أربعة الجنون والجذام والبرص" أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ، باب المهر ٢٦٦/٣ رقم (٨٠) . وهو ضعيف لأن في سنده الحسن بن عماره وهو مزكوك . انظر : التقريب ٢٠٧/١ رقم (١٢٦٨) .

(٢) أي فلزمه النكاح والرضا بالمرأة بسبب تفريطه في التأكد من سلامتها من العيوب .

(٣) أي من العيوب الأربعة .

(٤) وكذلك الجنماء والبرصاء ولكنها ترد به ، فكذلك عيوب الفرج .

(٥) انظر : المدونة ٢١٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٦) أي مالك .

(٦) الرثق : هو إثماد فرج المرأة بعظم أو لحم ناتئ أو شبه ذلك .

انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٨١ .

فلها جميع الصداق ، فإن أتى بامرأتين فشهدتا أنهما رأتاها رتقاء ، ولم يكن ذلك عن أمر الإمام جازت شهادتهما ، إذ الطلاق بيده م توجه شهادتهما إن أوجبت ترك الصداق إن^(١) فارق .

فإن قيل : فإذا لم تمكنهم من النظر فقد صار نظرهما تعمداً جرّحة^(٢) .

قيل : هذا^(٣) يعذران بجهالته^(٤) .

قال أبو محمد : وأخبرنا أبو بكر^(٥) قال : قال سحنون : إن ابن القاسم يقول :

لا ينظر إليها النساء في عيب الفرج يدعيه الزوج ، وقد قال : ترد به ، فكيف يعرف إلا بنظرهن .

وروى ابن سحنون عن أبيه : أنه ينظر إليها النساء / إذا ادعى^(٦) ذلك [١٧/أ] الزوج .

- قال الشيخ : ويردها^(٧) ، وبه أقول^(٨) - .

قال ابن حبيب : وأما من بنى بزوجه فادعى المسيس فأكذبه ، وشهد لها

امراتان أنها عذراء ، فلا تقبل شهادتهما ، لأنه يؤول إلى الفراق ، وقد كذبهما من

له الفراق ، فافترق من الأول^(٩) ، وقاله مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم

وأصبع^(١٠) .

(١) في أ ، ب " وإن " .

(٢) أي نقصاً وعيباً لكونه بغير إذنها .

(٣) " هذا " ليست في أ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٥٣/ب ، ٢٥٤/أ .

(٥) أي ابن الباد ، وقد سبقت ترجمته ص ١٣٣ .

(٦) في ز " ادعاه " .

(٧) " ويردها " ليست في أ ، ب .

(٨) " وبه أقول " ليست في ز .

(٩) أي مسألة من زعم أن زوجته رتقاء ، فأكذبه ، قبلت فيها شهادة امرأتين بأنها رتقاء .

(١٠) انظر : المصدر نفسه لـ ٢٥٤/أ .

فصل [٢ — فيما يرد به الرجل من العيوب]

ومن المدونة : قال ابن المسيب : وإن كان بالزوج جنونٌ ، أو ضررٌ ، فالمرأة خيرةٌ بين أن تقيم أو تفارق^(١) .

قال مالك : وأرى الضرر^(٢) الذي أراد ابن المسيب هذه الأشياء التي ترد منها المرأة^(٣) .

قال الشيخ :^(٤) لقول الله تعالى : ﴿ وَهَنٌ مِّثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٥) ، ولأن لها حقاً في الاستمتاع ، فإذا وجدت مانعاً منه أو من كماله كان لها الخيار كالرجل ، واعتباراً بالحب والعنة ، فإن فارقت قبل الدخول فلا صداق لها ، لأن نكاحاً من قبلها ، وإن كان بعد الدخول فلها المهر كاملاً لاستمتاعه بها^(٦) .

فصل [٣ — في حدوث العيب بعد النكاح]

قال ابن حبيب : قال مالك وأصحابه : وما حدث بالزوجة عفا الزوج من العيوب الأربعة فلا خيار له في فراقها إلا بغرم الصداق ، النصف قبل البناء ، والجميع بعده^(٧) .

قال ابن المواز : وما حدث بالزوج بعد العقد من البرص فلا يرد به وإن كان شديداً^(٨) .

(١) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما يرد به النكاح من عيوب ٣٥١/٧ رقم (١٤٢٣١) .

(٢) في ز " وإن الصداق " ، ولعله تحريف .

(٣) أي العيوب الأربعة .

انظر : المدونة ٢/٢١٥ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٤) التقدير : وكان لها الخيار .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٦) ولا استقرارها بالدخول . انظر : المعونة ٢/٧٧٢ ، ٧٧٣ .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٥٣/ب .

(٨) انظر : المصدر نفسه ل ٢٥٤/ب .

وقال ابن حبيب : يُرد به إن كان فاحشاً موزياً .
قال مالك في النكاح الثاني من المدونة^(١) : وإذا حدث بالنزوح جئون بعد
العقد عَزَل عنها وأجل سنة لعلاجه ، فإن صحَّ وإلا فرق بينهما ، والمجذوم البين
الجلذام يفرق بينه وبين امرأته إذا طلبت ذلك .
قال ابن القاسم : فإن كان مما يرجى برؤه وعلاجه فليضرب له أجل سنة^(٢) .
قال الشيخ : وفي الثاني^(٣) إيعاب هذا .

فصل [٤ - في أحد الزوجين يغر صاحبه في النسب]

قال مالك^(٤) : ومن تزوج امرأة فإذا هي لرغية^(٥) ، فإن زوجه على نسبٍ فله
ردها وإلا لزمته^(٦) .
قال ابن القاسم : فإن ردها فلا صداق عليه إن لم يكن بنى بها ، وإن بنى بها
فعليه صداقها ، ويرجع به على من غره ، فإن كانت هي الغارة ترك لها ربع دينارٍ
وردت مابقي ، وإن انتسب لها فألفته لرغياً خيرت بين أن تقبله أو ترده^(٧) .
وروى أبو زيد^(٨) عن ابن القاسم فيمن تزوج امرأة على نسبٍ انتسب لها إلى
فعله من العرب ثم يوجد من^(٩) غير ذلك الفخذ ، فإن كان مولى فلها الخيار إذا

(١) وهو في المطبوعة "كتاب النكاح الرابع" .

(٢) انظر المدونة ٢/٢٦٦ .

(٣) أي في كتاب النكاح الثاني .

(٤) "قال مالك" ليست في أ ، ب .

(٥) لرغية : بكسر الهمزة وفتحها : هي بنت الزنا ، وهي مأخوذة من الرغي .

شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٨٥ .

(٦) انظر : المدونة ٢/٢١٢، ٢١٣ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٨) هو أبو زيد عبد الرحمن بن عمر بن أبي الغمر ، فقيه ، عالم ، ثبت ، روى عن ابن القاسم
وأكثر عنه ، وروى عن حبيب كاتب مالك وعن ابن وهب ، له كتب مؤلفة حسنة في مختصر
الأسدية ، وله سماعٌ من ابن القاسم مؤلف ، توفي سنة ٢٣٤ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ١/٥٦٥ ، الديباج ١/٤٧٢ ، شجرة النور ص ٦٦ .

(٩) "من" ليست في ز .

كانت عربية ، وإن كان عربياً وهو من غير القبيل الذي سمي فلاحيار لها إلا أن تكون قرشية تزوجه على أنه قرشي فإذا هو من قبيل من العرب ، أو تكون عربية تزوجه على إدعائه ، فذلك لها^(١) .

وذكر عن أبي بكر بن عبد الرحمن فيمن تزوج امرأة وشرطت في عقد النكاح على الزوج أنه عربي من أنفسهم ثم وجد من موالهم قال : فأجبت أنا وجميع أصحابنا أن للمرأة القيام بشرطها وفسخ النكاح^(٢) .

قال الشيخ : قال بعض فقهاءنا : ولم يذكر في هذا السؤال أنها عربية أو مولاة ، والأمر عندي سواء ، وللمرأة شرطها بخلاف ما تقدم في رواية أبي زيد ، والله أعلم^(٣) .

وسئل أبو محمد بن أبي زيد عما يكتب الناس في صدقاتهم : وهي صحيحة العقل والبدن ، ويجدها بعد ذلك عمياء أو شلاء ، هل له أن يردها بهذا الذي كتب في الصداق ؟

فقال : لا ينفعه ذلك ، وليس كالشرط حتى يبين فيقول : لاعمياء ولاشلاء ، قال : ولو كان في موضع صحيحة العقل^(٤) سليمة البدن لرأيت له أن يردها إذا وجدها عمياء أو شلاء / أو غير ذلك ، وبهذا كان يفتي علماؤنا ونفتي نحن^(٥) .

ب/٦٧

فصل [٥ - فيمن غر فنكح امرأة في العدة]

قال مالك : ومن غر من وليته فزوجها في عدة ودخلت ، ثم علم بذلك الزوج فالنكاح مفسوخ ، ويضمن الولي الصداق كله^(٦) .

(١) النوادر والزيادات ل٢٥٥/ب .

(٢)، (٣) انظر : تهذيب الطالب ل١٢/أ .

(٤) في ز "البدن" .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل١٢/أ .

(٦) انظر : المدونة ٢/٢١٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

قال ابن القاسم : ولو كانت هي الغارة ترك لها ربع دينار وردت مابقي^(١) .
 قال في رواية العسال أبي زيد^(٢) عن ابن القاسم في مسألة المرأة تغره : إنه يرجع عليها بالصدّاق الذي دفع إليها ، وليس يأخذ ما اشترت .
 - قال الشيخ : يريد^(٣) : وإن كان مما يصلح لجهازها^(٤) ، لأنها متعدية في التصرف فيه قبل إعلامه بما غرته به فيرضى أو يرد .
 قال ابن القاسم : فإن لم يعلم الزوج بذلك حتى طلقها أو ماتت فلا رجوع له عليها بشيء من الصدّاق ، كالعبد المعيب يبيعه مشتره ، فلا يرجع بشيء من قيمة العيب ، وروي ذلك عن مالك^(٥) .

فصل [٦ - في عيوب الفرج التي يرد بها الرجل]

وعيوب الفرج التي يردُّ بها الرجل أربعة وهي : الجَبُّ ، والخِصَاء ، والعِنَّة ، والاعتراض^(٦) .
 فالجبوب : هو المقطوع ذكره وأتياه ، والخصي : هو المقطوع منه أحدهما ، والعنين : هو الذي له ذكرٌ شديد الصغر لا يمكن الجماع بمثله ، والمعترض : هو الذي لا يقدر على الوطء لعلّة تعترضه وهو بصفة من يمكنه الوطء ، وربما اعترض عن امرأةٍ دون أخرى ، وأصحابنا يسمون العنين لهذا النوع من الرجال^(٧) ، وكذلك

(١) انظر : المدونة ٢/٢١٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٢) لم أشر على ترجمته .

(٣) "يريد" ليست في أ .

(٤) جهاز المرأة : هو ما زوّجت به إلى زوجها من الأمتعة . معجم لغة الفقهاء ص ١٦٨ .

(٥) تهذيب الطالب ل ١/١٢ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٢/٥٥ ، التلقين في الفقه المالكي ، تأليف القاضي عبد الوهاب بن

نصر البغدادي ، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني (مكة المكرمة : مكتبة نزار مصطفى الباز ،

الطبعة الأولى ، ١٤١٥ هـ) ١/٢٩٦ .

(٧) في ز "وأصحابنا يسمون هذا العنين" .

من تقدم من الصحابة والتابعين ، وحقيقة اسمه المعترض ، كذلك ذكر ابن حبيب وعبد الوهاب^(١) .

ومن المدونة : قال مالك وأصحابه : وإن تزوج خَصِيٍّ أو محبوبٍ امرأة^(٢) ولم تعلم به ، ثم علمت فلها الخيار في أن تقيم معه أو تفارقه ، والمحبوب أشد^(٣) . قال عبد الوهاب : وإنما قال ذلك^(٤) لعدم الاستمتاع ، والأصل فيه^(٥) قوله تعالى : ﴿وَلَوْ كُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٦) ، ولأنه لو آلى منها لكان لها أن توقفه و^(٧) تطالبه إذا امتنع من الوطء^(٨) بالوطء أو الفراق ، فكان الخصى والمحبوب أولى^(٩) .

ومن المدونة : قال مالك : وإنما لها أن تفارقه بواحدةٍ بائةٍ لأكثر منها ، ويتوارثان قبل أن يختار فراقها ، فإن فارقتها بعد أن دخل بها فعليها العدة إن كان يطوها ، وإن كان لا يطوها فلا عدة عليها . وروى ابن وهب أن ابن سَندَر^(١٠) تزوج امرأةً وكان خَصِيًّا فلم تعلم به ، فنزعها منه عمر بن الخطاب رضي الله عنه^(١١) .

(١) انظر : المعونة ٧٧٥/٢ .

(٢) "امرأة" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢١٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٥ .

(٤) أي في أن لامرأة الخصى والمحبوب الخيار .

(٥) أي في أن لها حقاً في الاستمتاع .

(٦) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٧) في أ "أو" بدل الواو .

(٨) "من الوطء" ليست في ز .

(٩) انظر : المعونة ٧٧٥/٢ .

(١٠) لم أعثر على ترجمته .

(١١) انظر : المدونة ١٩٩/٢ .

قيل لابن القاسم : فإن كان محبوب الذكر قائم الخصى فاختارت فراقه بعد أن دخل بها؟

فقال : إن كان يولد لمثله فعليها العدة ، ويسأل عن ذلك ، فإن كان يُحْمَلُ من مثله لزمه الولد ، وإلا لم يلزمه ولا يلحق به ، وإن علمت به حين تزوجه أنه محبوب ، أو خصي ، أو عنين لا يأتي النساء رأساً أو^(١) أخيراً بذلك فلا كلام لها^(٢) . وإن لم تعلم بذلك في العقد ثم علمت به^(٣) فتركته وأمكنته من نفسها فلا كلام لامرأة الخصى والمحبوب ، وأما العنين فلها أن ترفعه ويوجّل سنة ، لأنها تقول : تركته لرجاء^(٤) علاج أو غيره ، إلا أن تتزوجه وهي تعلم أنه لا يأتي النساء رأساً كما وصفنا ، فلا كلام لها بعد ذلك^(٥) ، وفي الثاني^(٦) إيعاب هذا .

تم كتاب النكاح الأول ، والحمد لله وسلامٌ على جميع أنبيائه^(٧)

(١) في جميع النسخ واو بدل "أو" .

(٢) أي لا خيار لها .

(٣) "به" ليست في ز .

(٤) "رجاء" ليست في ز .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٢/٢١٣، ٢١٤ ، تهذيب الطالب المدونة ص ٨٥ .

(٦) أي في كتاب النكاح الثاني .

(٧) في ز "تم النكاح الأول" .

[الكتاب الثاني] كتاب النكاح الثاني

[الباب الأول]

في الصداق يقارنه بيع ، أو يدخل فيه غرر أو مجهول
وكل غرر أو خطر أو فساد بشرط

[فصل ١ — في الصداق يقارنه بيع]

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً بعددٍ على أن تعطيه داراً أو مالاً لا يجوز هذا النكاح عند مالك ، وهو مفسوخٌ ، سمعت مالكا يقول : إن تزوجها على أن تعطيه خادمها بكذا وكذا درهماً لم يجز ، ولا يجتمع في صفقة واحدة نكاحٌ وبيع^(١) . قال سحنون : وقال بعض الرواة - هو ابن الماجشون - في هذه المسألة : إن كان يبقى^(٢) مما يعطي الزوج ربع دينار فصاعداً جاز النكاح^(٣) . قال عبد الوهاب : وقال أشهب : يجوز نكاحٌ وبيع ، فوجه قول مالك^(٤) : أن النكاح عقدٌ مخصوصٌ من سائر عقود المعاوضة بأحكام لا توجد في غيره . فوجب ألا^(٥) يُضمَّ إليه عقدٌ غيره^(٦) كالصِّرف^(٧) والقراض^(٨) ، ولأنه يجوز أن

(١) انظر : المدونة ٢/٢١٦ .

(٢) "كان يبقى" مكانها بياض في أ ، ب .

(٣) لأن ربع دينار هو أقل ما يستباح به البُضع .

انظر : المصدر نفسه ٢/٢١٦ ، تهذيب المدونة ص ٨٦ .

(٤) وهو عدم جواز اجتماع نكاحٍ وبيع كما تقدم .

(٥) "ألا" ليست في أ ، ز .

(٦) أي خاص بالبيع .

(٧) الصرف شرعاً : هو بيع الذهب بالفضة أو أحدهما بفضوس .

شرح حدود ابن عرفة ١/٣٣٧ .

(٨) القراض شرعاً : هو تمكين مالٍ لمن يتجر به بجزءٍ من ربحٍ لابلغظ الإجارة .

المصدر نفسه ٢/٥٠٠ .

يكون العوض في مقابلة البيع فيعرو البضع من^(١) عوض ، وتكون ذريعة إلى الإباحة في إسقاط المهر .

قال الشيخ : ولأنه لا يدرى ما ينخص البضع من ذلك^(٢) فيصير نكاحاً مجهولاً . قال عبد الوهاب : ووجه قول عبد الملك^(٣) : أن المنع من خيفة أن يعرو النكاح من عوض ، فإذا أمن ذلك جاز .

ووجه قول أشهب : أنه ليس في ذلك أكثر من الجهالة بمقدار المهر ، وذلك لا يمنع صحة العقد ، كما لو تزوجها على حكم زيد^(٤) .

قال الشيخ : ولأن لرجل بيع سلعتين^(٥) بثمن معلوم ، ولا يضره جهل ما ينخص كل سلعة من الثمن ، فكذلك هذا^(٦) ولا يدخل عليه ما اعتل به ابن الماجشون من أن يفضل مما يعطى^(٧) المرأة ربع دينار ، لقلا يعرو البضع من عوض ، لأن ما يعطى الزوج مقبوض على ما تعطي المرأة^(٨) ، وعلى مقدار صداق مثلها ، فمتى حصل للبضع على ذلك ربع دينار فصاعداً جاز هذا على قياس البيوع ، وإذا جاز ذلك في البيوع اقتضى أن يكون في النكاح أجوز ، لأن طريقة النكاح المكارمة وطريقة البيوع المكايسة ، ألا ترى أنه يجوز أن يتزوج بعبد وبشوار بيت^(٩) ولا يصف ذلك ، ولا يضرب لها أجلاً ، فيكون لها الوسط من ذلك حالاً^(١٠) . ويتزوجها ولا يذكر صداقاً فيعطىها صداق المثل فيلزمها ، ولا يجوز مثل هذا في

(١) في أ ، ب "في" .

(٢) أي ما ينخصه من المال الذي يدفعه الزوج للمرأة مقابل سعتها وبضعها .

(٣) وهو : إذا بقي بعد طرح قيمة البيع مقدار ربع دينار فأكثر جاز .

(٤) انظر : المعونة ٧٦٧/٢ ، ٧٦٨ .

(٥) "بيع سلعتين" مكانها يياض في أ ، ب .

(٦) "هذا" مكانها يياض في أ ، ب .

(٧) في أ ، ب زيادة "ما تعطي" .

(٨) "مقبوض على ما تعطي المرأة" مكانها يياض في أ ، ب .

(٩) الشوار : متاع البيت . انظر : اللسان ، مادة (شَوَّر) .

(١٠) كما سيأتي آخر الباب .

البيوع ، وما قال أشهب هو القياس ، والله أعلم ، وقول ابن الماجشون أيضاً حسن ، وهو على قياس ابن نافع في مسألة الموضحة^(١) إذا صالح من موضحة عمداً وموضحة خطأ على شقص^(٢) من دار^(٣) .

قال ابن نافع : فيه الشفعة بقيمة الشقص ما لم ينقص عن^(٤) دية موضحة الخطأ وذلك أنه جعل ثمن الشقص معلوماً هو دية موضحة الخطأ ، ومجهولاً وهو / دية موضحة العمد ، فأعطى للمعلوم حقه من قيمة الشقص ، وكان ما بقي للمجهول ، فكذلك يصنع في النكاح ، يجعل ما يعطي الزوج ثمناً للبضع وثمنه مجهول ، وبما تعطي الزوجة وثمنه معلوم ، فأعطى للمعلوم قيمته مما يعطي الزوج وما بقي للبضع ، فإن بقي ربع دينار فأكثر جاز عنده وإلا لم يجز .

وذكر عن ابن الكاتب^(٥) أنه قال : إن كان اعتبار ما يفضل للبضع بعد عقد النكاح فكأنه إنما نكحها بالذي يفضل ، وذلك مجهول ، فإن كان اعتبار ذلك قبل العقد فأحسبهما^(٦) لا يختلفان في جوازه ، لأنه يصير للبضع شيء مسمى ، ولسلعة شيء مسمى ، فهو كما لو تزوج امرأتين في عقد واحد ، وسمى لكل واحدة صداقها

(١) الموضحة : هي ما أوضح العظم بأن أزال ما عليه من الجلد واللحم ، ويخص بالرأس والجبهة والجلدين .

انظر : الفواكه الدواني ٢/ ٢٠٨ .

(٢) الشقص : هو النصيب .

انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص ١٠٢ .

(٣) انظر : النكت والفروق ل ٧٤ ب .

(٤) في هذا الموضع كلمة لم أتمكن من قراءتها .

(٥) هو أبو القاسم عبد الرحمن بن علي بن محمد الكشاني ، المعروف بابن الكاتب ، من فقهاء

القيروان المشاهير وحذاقهم ، أخذ عن ابن شبلون والقاسمي ، جرت يده وبين أبي عمران

الفاسي منازعات في مسائل مشهورة ، له كتاب كبير في الفقه ، توفي بالقيروان سنة ٤٠٨ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٢/ ٧٠٦ ، معالم الإيمان ٣/ ١٥٥ ، شجرة النور ص ١٠٦ .

(٦) أي مالك وعبد الملك بن الماجشون .

ولا يشبه ذلك السلع التي يجوز ذلك فيها وإن لم يسم ، لأن السلع مما تَقَوَّم ، فيقع لكل سلعة من الثمن ما يخص قيمتها إن وقع استحقاق ، والأبضاع لا يصح تملكها^(١) ولا وقع فيها وطء قبل التسمية فيقضى عليه بصداق المثل ، فوجب ألا يصح إلا بعد التسمية لها . وإن أجملها^(٢) في صديق واحد لم يجز ، وغيره^(٣) يميز ذلك ، ويقسم المسمى على صديق مثل كل واحدة ، اعتباراً بالسلع ، وإلى مثل هذا نحى أشهب في جواز نكاح ويبيع ، وهذا معنى كلام ابن الكاتب دون لفظه^(٤) .
ومن المدونة : قال ابن القاسم : وهذا النكاح الذي وقع مع البيع في صفقة يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لها صديق المثل^(٥) .

فصل ٢ - في الصداق يدخل فيه غرر أو مجهول أو محرم

قال مالك : وإن تزوجها على عبد آبق ، أو بعير شارد ، أو حنين في بطن أمه ، أو بما تلد غنمه ، أو بثمره ، أو زرع لم يبد صلاحهما فالنكاح يفسخ في ذلك كله قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لها صديق المثل ، ويكون الذي سمى لها من الغرر لزوجها ، إلا أن تقبض الجنين بعد ولادته ، أو الآبق أو الشارد وغيره ، فلزده إلا أن يموت عندها في بدن أو سوق فيكون لها وتغرم قيمته يوم قبضته لزوجها ، فأما الثمرة فما جنت منها ، أو حصدت من الحب فعليها أن ترد مكيثته وماهلك من ذلك كله قبل أن تقبضه فهو من الزوج ، وماهلك من ذلك بعدما قبضته وإن لم يتغير في سوق أو بدن فهو من المرأة أبداً حتى ترده ، لأنه في ضمانها يوم قبضته^(٦) .

(١) أي فلاحقو كما تقوَّم السلع .

(٢) أي للنكوحين .

(٣) أي غير ابن القاسم .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ١٣/٢ .

(٥) انظر : المدونة ٢١٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٦ .

(٦) انظر : المدونة ٢١٦/٢ ، ٢١٧ ، تهذيب المدونة ص ٨٦ .

قال ابن المواز : وإن نكحها بثمره لم يبد صلاحها على أن تجدها^(١) بلحاً جاز النكاح ، فإن تأخرت الثمرة حتى طابت فجدّتها بسراً أو رطباً أو تمرّاً فلا يفسخ النكاح وإن لم يدخل بها ، ويكون لها قيمة ذلك البلح بمحدوداً يوم النكاح وترد ما جدّت منها ، وما أكلت ردت مكيلته ، وإن لم تعرف بقيمتها ، وإن طلقها قبل البناء فلها نصف قيمة البلح بمحدوداً يوم النكاح^(٢) .

وهن المدونة : قال ابن القاسم : وإن تزوجها بما تلد غنمه ، أو بخمر ، أو خنزير ، أو على دار فلان ، أو عبي أن يشتريها لها فيفسخ هذا النكاح قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل^(٣) .

وقد اختلف قول مالك في المختصر الكبير في فسخ النكاح بعد البناء إذا عقد بخمر ، أو خنزير ، أو بثمره لم يبد صلاحها ، أو بجنين في بطن أمه ، أو ببيع شارد ، أو بعبء آبق^(٤) .

قال عبد الوهاب : لا خلاف في / منع ابتداء العقد بما لا يصح^(٥) أن يتملك كالخنزير والخنزير ، ولا بغرر كالعبء والآبق والجمل الشارد والجنين في بطن أمه ، والثمره التي لم يبد صلاحها على التبقية ، وما أشبه ذلك ، فإن وقع فقيلاً : يفسخ قبل البناء وبعده ، لأن فساده في عقده ، وقيل : يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويجب فيه صداق المثل ، لأن فساده في صداقه .

وعند أبي حنيفة والشافعي : العقد صحيح لا يفسد بفساد المهر ، ويجب فيه صداق المثل^(٦) .

(١) الجّداد : بفتح الجيم وكسر هاء وبالذال المهملة أو لنال المعجمة : قطع ثمر النخل .
انظر : تنبيه الطالب ص ٤٦ .

(٢) انظر : النواذر والزيادات ل ٢٣٧/٢ .

(٣) انظر : المدونة ٢١٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٦ .

(٤) انظر : النواذر والزيادات ل ٢٣٧/٢ .

(٥) في أ " كما يصلح " .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨٧ ، الأم ١٠٥/٥ .

فوجه قول من أفسده : قوله تعالى : ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ﴾^(١) ، فعلق الإحلال بالمال ، والخمر والخنزير ليسا بمال لنا ، ولأنه عقد معاوضة يجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع ، ولأن المعقود به إذا كان فاسداً وجب فساد العقد ، أصله نكاح الشغار .

ووجه التصحيح : أن عقد النكاح مفارق لعقد البيع في موضوعه ، لأن البياعات طريقها المغابنة والمكايسة ، والنكاح طريقه المواصلّة والمكاملة ، ألا ترى أنهما إذا عقدا من غير تسمية صداقٍ جاز ، بخلاف البيع والإجارة^(٢) .

واختلف أصحابنا في تأويل قول مالك : إنه يفسخ قبل الدخول ، فمنهم من حمّله على الإيجاب تغليظاً وعقوبةً لهما ، لئلا يعودا إلى مثل ذلك ، ومنهم من حمّله على الاستحباب احتياطاً وخروجاً من الخلاف ، فإن وقع الدخول لم يفسخ ، لأن الصداق قد وجب ، فلا يوجد المعنى الذي لأجله فسخ قبل الدخول^(٣) (٤) . وقد تقدم في الأول^(٥) بعض هذا .

[فصل ٣ — في الصداق إذا كان غائباً موصوفاً معه دراهم أو لا]

ومن كتاب ابن المواز وابن حبيب : قال ابن القاسم : لا بأس بالنكاح بعبدٍ غائبٍ بعيد الغيبة إذا وصفه ، كان معه عينٌ أو لم يكن إلا ما بعد حدّاً مثل

(١) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٢) فإنهما لا يصحان إلا بذكر العوض فيهما .

(٣) وهو فساد الصداق .

(٤) انظر : المعونة ٧٥١/٢ ، ٧٥٢ .

(٥) أي في كتاب النكاح الأول . انظر ص ١٨ ، ١٩ .

غراسان^(١) ، والأندلس^(٢) .

ابن حبيب : ومثل إفريقية من المدينة . كان مع ذلك عيناً أو لم يكن فلاخير فيه ، ويفسخ .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وأما مسيرة الشهر ونحوه فجائز ، والضمان من الزوج حتى قبضه ، وله أن يدخل إن كانت الغيبة قريية ، ولا يدخل بها في البعيدة وإن قَدَّم إليها ربع دينار ، وإن سماه مع العبد ، لأن النقد في البعيد لا يجوز والدخول^(٣) انتقاد^(٤) .

قال الشيخ : هذا إن كان الدخول بشرط في العقد ، وأما إن لم يشترط في العقد فجائز التطوع به كالبيع .

قال : فإذا كان قريباً ووصفه ثم هنك العبد قبل قبضه فلها قيمته على تلك الصفة^(٥) .

قال أبو العباس الأبياني^(٦) : وإذا تزوجها على عبد موصوف قبضته ، ثم استُحِق رجعت^(٧) بعبد مثله في صفته ، وإن مات بيدها ثم علمت بعبد كان به

(١) غراسان : بلاد واسعة تشتمل على أمهات من البلاد منها : نيسابور وهراة ومرو وبلخ وطالقان ونساء وسرخس ومايتخلل ذلك من المدن التي دون نهر جيحون ، وقد فتحت أكثر هذه البلاد غنوةً وصلاحاً .

انظر : معجم البلدان ٢/٣٥٠ .

(٢) قال : فأكرهه لانقطاع خبره .

انظر : النوادر والزيادات ل ٢٣٣/١ .

(٣) من أول الباب إلى هذا الموضع ساقط من ز .

(٤)، (٥) انظر : للمصدر نفسه ل ٢٣٣/١ .

(٦) هو أبو العباس عبد الله بن أحمد التونسي ، المعروف بالأبياني ، كان إماماً فقيهاً ، وصالحاً ثقةً مأموراً متواضعاً ، تفقه يحيى بن عمر وأحمد بن سليمان وحديث لقطان وابن حارث وغيرهم ، توفي سنة ٣٥٢ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٢/٣٤٧ ، الديباج ١/٤٢٥ ، شجرة النور ص ٨٥ .

(٧) أي على زوجها .

عند الزوج ، فعلى المرأة غرم قيمة العبد معيماً للزوج يوم قبضته ، وترجع عليه بعبدٍ مثله في صفته ، وفيه اختلاف ، وهذا أحسن^(١) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة ، أو اشترى سعةً بدراهم بعينها غائبة ، فلاخير في ذلك إلا أن يشترط أن عليه بدنها إن تلفت ، ولو حضرت الدارهم ونقدها إياها جاز النكاح ، وكذلك البيع ، فإن وجب البيع والنكاح بها ثم استحققت في يد المرأة والبائع فعلى المشتري والزوج مشها ، وتم / النكاح [ب/٦٩] والبيع^(٢) .

قال مالك : ومن تزوج امرأة على دارٍ أو أرضٍ أو عبدٍ ، كل ذلك غائب ، فإن وصف ذلك جاز النكاح ، وإن لم يصفه فسخ النكاح قبل البناء ، ويثبت بعده ، ولها صداق المثل^(٣) .

ابن الموز : وإن وصفه فلايدخل في العبد البعيد الغيبة حتى يدفعه ، والضمان منه^(٤) .

قال : وابن القاسم^(٥) يرى أن تباعد الغيبة مثل خراسان والأندلس^(٦) لم يجز ، وأما مثل المدينة من مصر فجائز^(٧) .

ومن المستخرجة : قال ابن الماجشون^(٨) فيمن تزوج بشمرة بدا صلاحها فأجِئَتْ^(٩) الثمرة كلها : إن مصيبتها من الزوج ، وترجع عليه المرأة بقيمة الثمرة وإنما يحمل ذلك محمل البيوع .

(١) "وهذا أحسن" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : تهذيب الطالب لـ ١/١٤٤ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢١٧ ، تهذيب المدونة ص ٨٦ .

(٤)، (٥) . انظر : النوادر والزهدات لـ ١/٢٣٣ .

(٦) في أ ، ب "قال ابن القاسم" .

(٧) ساقط من ز .

(٨) انظر : المصدر نفسه لـ ١/٢٣٣ .

(٩) الجائئة شرعاً : هي ماأُتلف من معجوزٍ عن دفعه عادةً قهراً من عمرٍ أو نباتٍ بعد بيعه .

انظر : شرح حدود ابن عرفة ٢/٣٩٢ .

وابن القاسم يقول : لاجائحة فيها ، والمصيبة من المرأة ، ولا ترجع على الزوج بشئ^(١) .

قال الشيخ : وإنما فرق^(٢) بينه وبين البيوع ، لأن طريقة النكاح المكارمة ، وطريقة البيوع المكايسة .

ولكن قد قال في كتاب العرايا^(٣) : إن الجائحة في العرّة ، وهو باب رخصة ومرفق لأبواب مكايسة^(٤) .

فجعل ذلك كالبيوع^(٥) ، وكان ينبغي ألا يجعله في العرايا كالبيوع ؛ لأنه معروف لا معاوضة فيه ، ويجعله في النكاح كالبيوع ، لأنه معروف . معاوض فيه ، وقد قال مالك : أشبه شيء بالبيوع النكاح^(٦) .

ومن المدونة : قال مالك : وإن تزوجها على بيت أو مخادم ولم يصف ذلك جاز النكاح ولها مخادم^(٧) وسَط ، والبيت الناس فيه مختلفون ، إن كانت من

(١) العتبية مع البيان والتحصيل ١٨٠/١٢ ، ١٨١ .

(٢) أي ابن القاسم .

(٣) أي من المدونة .

وفي ز "ولكن قد قال مالك في كتاب ابن الموزان" .

(٤) العرايا لغة : جمع عرّة ، وهي النخلة المُعرّة ، يُعريها صاحبها رجلاً محتاجاً ، وسميت بذلك لأنها عريت عن حكم باقي البستان .

انظر : تحرير ألفاظ التنبيه ص ١٨٠ ، اللسان ، مادة (عَرَا) .

وبيع العرية شرعاً : بيع المُعْرِى مأمّن من ثمّ ييس للمُعْرِى بخبره ثمراً .

انظر : شرح حدود ابن عرفة ٣٩٠/٢ .

(٥) انظر : المدونة ٢٥٩/٤ .

(٦) أي جعل ابن القاسم الجائحة في العرايا كالجائحة في البيوع .

(٧) المصدر نفسه ٢٣٢/٢ .

(٨) "مخادم" ليست في أ ، ب .

الأعراب فلهم بيوتٌ وشُورَةٌ قد عرفوها ، وشُورَةٌ^(١) الحضر لاتشبه شُورَةَ البادية .
قال مالك : وإن تزوجها على بيتٍ من بيوت الحضر جاز إذا كان معروفاً ،
ويجوز أن يتزوجها على شِوَارٍ بيتٍ إذا كان الشِوَارُ شيئاً معروفاً عند أهل البادية
والحاضرة .

قال ابن القاسم^(٢) : ولكلٍ قدره من الشِوَارِ^(٣) .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران فيمن تزوج ببقعةٍ على أن ينيها لمرأة ،
فإن كانت بقعةً بعينها في مسكه ووصف الطول والعرض والبناء فذلك جائزٌ ، وإن
كان البيت الذي ينيها مضمونٌ عليه فقد أفتى أبو محمد أن ذلك لايجوز .

قال الشيخ :^(٤) وكذلك السَّلَمُ^(٥) في البيت^(٦) .

قال الشيخ : لأن ذلك يرجع إلى السلم في شيءٍ معينٍ ، لأنه لا بد أن يصف
البناء والموضع ، فيؤدي ذلك إلى تعيينه^(٧) ، وهذا ظاهر ما في كتاب ابن حبيب ،
وعند ابن المواز ما يدل على مخالفته^(٨) .

(١) "شورة" ليست في أ ، ب .

(٢) قال ابن القاسم "ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢١٧، ٢١٨ ، تهذيب المدونة ص ٨٦ .

(٤) أي أبي عمران .

(٥) السَّلَمُ شرعاً هو : عقد معاوضةٍ يوجب عمارةً دمةً بغير عينٍ ولا متفعةٍ غير متماثل العرضين .

شرح حدود ابن عرفة ٢/٣٩٥ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ١٤/أ .

(٧) قال عبد الحق : ولا يكون المضمون في شيءٍ معينٍ ، لأنه قد لا يصل إليه وقد يُستحق ، فذلك

من الغرر الين . النكت والغرر ل ٦٧/ب .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل ١٤/أ .

[فصل ٤ - في الصداق إذا كان غير موصوف]

وإن نكح عسي مئة بعير، أو شاقة، أو بقرة، ولم يصف ذلك جاز النكاح ،
وعليه وَسَطُ من الأسنان ، وكذلك عسي عبدٍ بغير عينه ولم يصفه ولاضرب له أجلاً
فالنكاح جائزٌ ولها عبدٌ وَسَطُ حالٌ ، وليس للزوج دفع قيمته إلا أن ترضى المرأة^(١) .
قال في كتاب ابن المواز : ومن نكح من رقيق ذكر العدة ولم يذكر حِمْرَاناً
ولا سُودَاناً فلها الوَسَطُ من الأغلب في البلد ، وكذلك في المستخرجة^(٢) .

قال ابن المواز : فإن استويا في البلد^(٣) نُظِرَ إلى وسط السودان ووسط
الحِمْرَانِ ، فأعطيت نصف ذلك .

- قال الشيخ : يريد من كل جنس نصفه - .

قال : وذلك على قدر قيمة ذلك يوم وقع النكاح ، وكذلك إن طلق قبل

البناء ، وقاله أصبغ ، وقال : هي حيدة .

وفي العتية عن مالك : وتعطى الإناث دون الذكور ، وكذلك شأن الناس^(٤)

قال سحنون في كتاب ابنه : ومن نكح عسي خادماً لم يميز حتى يسمى جنس

الأمة ، فيكون عليه وَسَطُ من ذلك الجنس لامن العِلَّةِ^(٥) ، ولامن الوَخْشِ^(٦) ، وإذا

كان بحملاً لم يميز ، وفسخ النكاح^(٧) قبل البناء ، ويثبت بعده / ولها صداق المثل^(٨) .

(١) انظر : المدونة ٢/٢١٨ ، تهذيب المدونة ص ٨٦ .

(٢) العتية مع البيان والتحصيل ٤/٢٧٦ .

(٣) أي ليس أحد الصنفين أغلب .

(٤) المصدر نفسه ٤/٢٧٦ ، النوادر والزيادات ل ٢٣٣/ب .

(٥) العِلَّةُ : علية الرقيق : أي أعلى الرقيق ، بكسر العين ووقف اللام ، على زَنَعٍ كَسْرَهُ ، ويموز

فيه عِيةً بكسر العين وتشديد اللام والياء ، والأول خير . شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٨٠ .

(٦) الوخش من الرقيق : الخسيس ، وهو مشتقٌ من وَخَشْتُ الشيءَ أَخَشْتُه على وزن وَزَنَ يَزِنُ ،

وَوَعَدَ يَعِدُ ، أي : يحبطه ، فكأن الوخش لا يعرف لخساسته بعينه ، إذ هو أخلاط الرقيق .

انظر : المصدر نفسه ص ٨٠ .

(٧) "النكاح" ليست في أ .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٣٤/ب ، ٢٣٥/أ .

قال عبد الوهاب : وقال محمد بن عبد الحكم : لا يجوز إلا على معلومٍ مقدَّرٍ وهو قول الشافعي^(١) ، ودليلاً^(٢) قوله عليه الصلاة والسلام : "الصدّاق مأتراضى عليه الأهلون"^(٣) ، فلم يفرّق ، ولأن طريق النكاح المكارمة والمواصلة بخلاف البيع الذي طريقه المكايسة والمغاينة ، بدليل أنه لا يفسد لعدم ذكر العوض في العقد ، وهو التفويض^(٤) .

ومن المدونة : قال مالك : وكذلك إن تزوجها على عَرَضٍ موصوفٍ ليس بعينه ولم يضرب له أجلاً ، فالنكاح جائزٌ ، وهذا لا يحمل هاهنا محلّ البيوع وهو على النقد ، ألا ترى أنه يتزوج المرأة بمئة دينارٍ ، ولا يسمى أجلاً فتكون نقداً ، وكذلك إن اختلعت منه امرأته على عبدٍ فلم تسمّه له ، ولا وصفته ، فعليها عبدٌ وَسَطٌ^(٥) .

(١) انظر : الأم ٩١/٥ .

(٢) أي على أن الصدّاق يجوز بغير مقدّر معلوم .

(٣) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ، باب المهر ٢٤٤/٣ رقم (١٠) وفيه محمد بن عبد الرحمن البيهقي عن أبيه ، ومحمد ضعيف ، انظر : التقريب ١٠٣/٢ رقم (٦٠٨٧) ، وعبد الرحمن ضعيف أيضاً ، انظر : المصدر نفسه ٥٦٣/١ رقم (٣٨٣١) .

والبيهقي ، كتاب الصدّاق ، باب ما يجوز أن يكون مهراً ٣٩١،٣٩٠/٧ رقم (١٤٣٧٥) - (١٤٣٧٩) .

وروي من طريق آخر أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ، باب المهر ٢٤٢/٣ رقم (٢) ، والبيهقي ، كتاب الصدّاق ، باب ما يجوز أن يكون مهراً ٣٩١/٧ رقم (١٤٣٨١، ١٤٣٨٠) وفيه أبو هارون العبدى ، كذاب . انظر : التقريب ٧٠٩/١ رقم (٤٨٥٦) فالحديث ضعيف .

(٤) انظر : المدونة ٧٦١/٢ .

(٥) انظر : المدونة ٢١٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٦ .

فصل [٥ - في الصداق إذا فسد بالشرط]

ومن نكح امرأة بألف درهم على إن كانت له امرأة أخرى فصداقها ألفان ، فهذا من الغرر ، وهذا مثل البعير الشارد فيما فسرنا^(١) .

قال مالك : وإن نكحها بألفين فوضعت عنه في هذا النكاح ألفاً على أنه لا يخرجها من بيتها ، ولا يتزوج عليها ، فنه أن يخرجها ويتزوج عليها وليس لها إلا ألف^(٢) .

قال ابن القاسم : وكذلك إن نكحها بألف على أنه إن أخرجها من بلدها فمهرها ألفان ، فله أن يخرجها ولا شيء عليه غير الألف^(٣) .

قال الشيخ : يريد : وكذلك على أنه إن تزوج عليها فصداقها ألفان ، فله أن يتزوج ولا شيء عليه غير الألف ، بخلاف قوله : إن كانت له امرأة أخرى .

قال مالك : ولو انعقد النكاح عليه بألف درهم ثم حطت^(٤) بعد ذلك نصفه على أن لا يخرج بها ، أو لا يتزوج عليها ونحوه ، ففعل ذلك ، فلها أن ترجع عليه بما وضعت عنه إن فعل من ذلك شيئاً ، وله أن يفعله^(٥) .

وقال علي بن زياد : إن حطته في العقد من صداق مثلها لما شرط عليه لزمه ما حطته إن فعل من ذلك شيئاً ، وإن كانت الحطية^(٦) مما ناف على صداق المثل لا يلزمه^(٧) ، ورواه ابن نافع عن مالك^(٨) .

(١) ، (٢) ، (٣) انظر : المدونة ٢/٢١٩ ، تهذيب المدونة ص ٨٦ .

(٤) الحط : هو الإبراء من جزء من الحق ، ومنه : الحط من الدين أو المهر : الإبراء من جزء منه .

انظر : معجم لغة الفقهاء ص ١٨١ .

(٥) ولا يشبه هذا الأول ، لأن الذي وضعت إنما هو شيء زادوه في الصداق وليس بشيء ردن وجب النكاح بما سمي لها من الصداق .

انظر : المدونة ٢/٢١٩ ، ٢٢٠ .

(٦) أي ما أبرأته المرأة من الصداق .

(٧) في أ "أو يلزمه" .

(٨) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٢٠ .

[الباب الثاني]

في الصداق يوجد به عيب أو يؤخذ بشفعة
أو يؤخذ به رهن^(١) وفي صداق السر

[فصل ١ - في الصداق يوجد به عيب]

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة على قِلَالٍ^(٢) خَلَّ بِأَعْيَانِهَا فوجدتها خمرًا فهي كمن نكحت على مهر فأصابته به عيبًا ، فلها رده ، وترجع به إن كان يوجد مثله ، أو بقيمته إن كان لا يوجد مثله^(٣) .

قال الشيخ : ذكر عن أبي عمران أنه^(٤) قال : نحا سحنون في التي تزوجت على قِلَالٍ خَلَّ بِأَعْيَانِهَا خمرًا إلى ما ذكر ابن المواز : أنهما إذا دخلا على الجُرْفِ^(٥) في الصُّبْرَةِ^(٦) ثم علم بعد ذلك كيلها ، ثم استحق ما في يد البائع أنه يرجع بقيمة صُورَتِهِ ولا يرجع بمثلها وإن عرف كيلها .

قال أبو عمران : والصواب أن يرجع في القِلَالِ بمثلها^(٧) إذا كانت موجودة ،

(١) الرهن شرعاً هو : ما قَبِضَ تَوَثُّقٌ به في دين .

شرح حدود ابن عرفة ٤٠٩/٢ .

(٢) القِلَال : جمع قَلَّة ، وهو إناء للعرب كالجرّة الصغيرة ، قال الأزهرى : قِلَالٌ حجر والأحساء ونواحيها معروفة تأخذ انقلاً منها مزادة كبيرة من الماء ، ومملأ الراوية قِلَّتَيْن ، وسميت قِلَالاً لأنها ثَقُلَ أي ترفع إذا مَلُكت وتُحْمَل .

انظر : اللسان ، مادة (قِلل) .

(٣) انظر : المدونة ٢١٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٦ .

(٤) "أنه" ليست في ز .

(٥) الجُرْفُ بكسر الجيم وضمها وفتحها : هو بيع الشيء واشتراؤه بلاكيل ولا وزن ، وهو فارسيٌّ معرَّب . تنبيه الطالب ص ٤٧ .

(٦) الصُّبْرَةُ : واحدة الصُّر ، قال الأزهرى : هي الكومة المجموعة من الطعام ، سميت بذلك لإفراغ بعضها على بعض . المصدر نفسه ص ١٠٥ .

(٧) "مثلها" ليست في ز ، وفي أ ، ب والتعليق "مثلها" والصواب ما أثبتته لدلالة سياق الكلام عليه .

وكذلك في ^(١) الصِّيرة ^(٢) .

قال الشيخ : يريد في القلال أنها تَرَأَى وتُغَسَّل جيداً ومُحَلَّأ ماءً ثم يُكَال ذلك الماء فتعطى مثل كيله خَلَّاً ، وإن كانت للنصارى مكاييل مثل مكايينا أكتيل ذلك الخمر بها ، وأعطى مثله خَلَّاً / بمكايينا ، لأن تلك القلال نجسة فلا يكال بها ، وتكسر بعد ذلك لأنها لمسلم .

وقال غيره ^(٣) على قول سحنون : إنما لم يكن لها مقدار القلال ، لأن من نكح بشيء بعينه كصبرة بعينها فاستحقت فعليه قيمتها ^(٤) .

وفي المجموعة : قال ابن الماجشون : إذا تزوجها بشيء يُكَال أو يُوزن بعينه فاستحق رجعت بمثله ^(٥) .

قال الشيخ : فصار في هذا إذا تزوجها بحزافٍ مما يُكَال أو يُوزن قولان : أحدهما : يرجع بمثله ، والثاني : بقيمته .

قال مالك : وإن تزوجها على عبدٍ بعينه فقبضته ثم وجدت به عيباً فلها رده وترجع على الزوج بقيمته - يريد يوم عقد النكاح بخلاف البيع .
- ابن حبيب : كان ذلك قبل البناء أو بعده .

قال مالك : وإن فات العبد عندها بعثت ، أو بشيء يكون قَوْتاً رجعت بقيمة عيبه ، وإن حدث به عندها عيبٌ مُفْسِدٌ فلها رده ، وما نقصه وأخذ قيمته ، أو حبسه وأخذ قيمة العيب القديم ^(٦) .

قال ابن القاسم : وللخلع عندي مثل النكاح سواء ، يكون للزوج في العيب مثل ما وصفنا للمرأة سواء .

وإن تزوجها على أمةٍ فأصابها ذات زوج ولم يخبرها به فذلك عيبٌ ، ولها ردها وأخذ قيمتها ، وكذلك الخلع في هذا سواء ^(٧) .

(١) "في" ليست في ز .

(٢) تهذيب الطالب ل ١٤ / أ ، ب .

(٣) أي غير أبي عمران .

(٤)، (٥) انظر : المصدر نفسه ل ١٤ / ب .

(٦)، (٧) انظر : المدونة ٢ / ٢٢٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٦ .

[فصل ٢ — في الصداق يستحق بشفعة]

فإن تزوجها على غير مهر مسمى ، ففرض لها نصف داريه له فرضيت بذلك ففيه الشفعة بقيمتها^(١) يريد إذا فرض لها ذلك^(٢) قبل البناء ، وأما إن دخل بها ثم فرض لها ذلك فإنما يأخذه الشفع بصدق مثلها ، وهي منصوبة هكذا ، وذلك بين .

[فصل ٣ — في الصداق يؤخذ به رهن]

وإن تزوجها على صداق مسمى ، أو تزوجها ولم يفرض لها صداقاً ، فأعطاه رهنًا بالصداق المسمى أو بصدق مثله فهلك الرهن بيدها . فإن كان لرهن حيواناً فلا شيء عليها ، والمصيبة من الزوج ، وإن كان مما تغيب عليه المرأة فهو منها^(٣)^(٤) .

[فصل ٤ — في صداق السر]

قال مالك : وإذا أظهر الزوجان مهرًا وأسرًا دونه أُخِذَ بما أسرًا إن شهد به عدول^(٥) .

(١) انظر : المدونة ٢/٢١٩ .

(٢) "ذلك" ليست في ز .

(٣)، (٥) انظر : المصدر نفسه ٢/٢١٨، ٢١٩ ، تهذيب المدونة ص ٨٦ .

(٤) ماتغيب عليه المرأة : هو ما لا يعرف بعينه من الأشياء كورقة النقود ونحوها .

[الباب الثالث]
في ضمان الصداق عن ولده أو أجنبي في صحة أو مرض
وكيف إن لم يضمن

[فصل ١ — في ضمان الأب الصداق عن ولده]

ومن المدونة : قال مالك : ومن زوج ابنته وضمن لها الصداق في عقد النكاح أجزته .

قال ابن القاسم : ولا يرجع به الأب على الزوج ، لأن ضمانه الصداق هاهنا على وجه الصلة والصلة .

قال مالك : فإن مات الأب قبل أن تقبض البنت صداقها استوفته من مال أبيها ، فإن لم يترك الأب شيئاً فلا شيء لها عسى الزوج إذا كان قد دخل بها .

قال ابن القاسم : فإن لم يكن دخل بها فلا شيء للزوج إليها حتى يعطيها مهرها ، وكذلك قال مالك فيمن قال لرجل : بيع من فلان فرسك والتمن لك علي، فباعه ثم هلك الضامن قبل أن يقبض البائع الثمن أن للبائع الثمن من مال الضامن فإن لم يدفع شيئاً فلا شيء له على الميتع ، وكذلك من ضمن لأحد شيئاً ليخرج من يده لآخر شيئاً على وجه الصلة .

وقال مالك فيمن زوج ابنة الصغير في حجره ولا مال للابن ، أن الصداق عسى الأب ، فإن مات الأب أخذته الزوجة من ماله ، ولا يحاسب الورثة الابن بذلك ويدفع إليه ميراثه كاملاً بما بقي ، فإن كان على الأب / دين كان للمرأة أن [٧١/ب] تحاسبهم بصداقها^(١) .

(١) أي تحاسب الغرماء بالصداق الذي وجب على أبي زوجها .

وتحاسب الغرماء : أي تقاسمهم المال بينهم بالخصص .

انظر : معجم لغة الفقهاء ص ١٢٢ .

قال : فإن كان للابن مالٌ لم يكن على الأب شيءٌ إلا أن يشترطه الأب على نفسه ، ويضمنه عنه ، فهو على الأب ولا يرجع به على الابن^(١) .

قال ابن المواز : إلا أن يكون ذلك من الأب على وجه الحمالة^(٢) لا على وجه الحمل^(٣) ، فيكون للأب أو لورثته بعده الرجوع على الابن ، وهذا إذا كان له يوم زوجه الأب مال ، فإن لم يكن له يومئذ مالٌ^(٤) فإن ذلك على الأب على كل حال^(٥) .

[قال ابن القاسم^(٦) : وكذلك لو كتبه على الابن فهو على الأب ولا ينفعه ما كتب .

وقال أصبغ : بل يكون ذلك على الابن^(٧) .

قال ابن المواز : وقول ابن القاسم أحب إلينا أنه على الأب إلا أن يقول الأب : إني لست منه في شيء ، وإنما لكم ذلك على ابني ، فهذا إن علم [به]^(٨) الابن بعد البلوغ وقبل الدخول كان فيه بالخيار إن شاء أن يلزمه نفسه ويثبت النكاح ، وإن شاء لم يلزمه ويفسخ النكاح ، وإن دخل قبل أن يعتم وبعد البلوغ أسقط عنه مافوق صداق مثلها ، ويثبت النكاح^(٩) .

(١) انظر : الملونة ٢/٢٢٠، ٢٢١ ، تهذيب الملونة ص ٨٦ .

(٢) الحمالة شرعاً : هي التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له .

شرح حدود ابن عرفة ٢/٤٢٧ .

(٣) المراد بالحمل : أن يحمل عنه ما يجب وأن يقوم به من عنده .

(٤) "مال" ليست في أ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٢/٢٢١ .

(٦) من النوادر .

(٧) أي إذا كتبه الأب عليه برضى لزوجين .

(٨) من النوادر .

(٩) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٢١ .

[فصل ٢ — في ضمان الأب الصداق عن أجنبي]

ومن المدونة : قال مالك : والرجل الذي له الشرف يزوج رجلاً ويضمن صداقه ، فهذا لا يتبعه بشيء أيضاً .

قال ابن القاسم : وليست هذه الوجوه^(١) فيما سمعنا من مالك بمنزلة حمالة الديون التي يرجع من تحمل بها على الذي تحمل عنه ، وإنما ذلك بمعنى الحمل والصلة ، وليس كهبة لم تقبض ، وهو كمن وهب لرجل مالا فلم يدفعه إليه حتى قال لرجل : يعنه فرسك بالذي وهبت له ، وأنا ضامن له حتى أدفعه إليك ، فقبض الرجل الفرس فأشهد على الواهب بالذهب ، فإن هذا يثبت للبائع على الواهب ، فإن لم يقبض البائع الثمن حتى مات الواهب ولم يدع مالا فلا يرجع البائع على الموهوب بشيء من ثمن الفرس ، وإنما وجب ثمن الفرس للبائع على الواهب ، وكذلك الصداق ، وعلى هذا ينبغي ، وهذا محمله .

قال مالك : وإن ضمن الأب صداق ابنه البالغ ودفعه عنه ، ثم طلق الابن قبل البناء رجع نصف الصداق إلى الأب وليس للابن منه شيء ، ولو لم يدفعه الأب رجعت عليه المرأة بنصفه ولا يرجع الأب على الابن بشيء مما ودى عنه^(٢) .

قال ابن حبيب : وإن أُلْفِيَ النكاح فاسداً رجع إلى الأب ما ودى عنه ، ولو تبارء^(٣) الزوجان قبل البناء على المتاركة والنكاح صحيح رجع الأب بما وداه ، وسقط عنه إن لم يود ، قاله ابن القاسم^(٤) .

(١) أي تحمل الأب الصداق عن ابنه أو أجنبي .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٢١، ٢٢٢ .

(٣) المبارأة في النكاح : قول الرجل لزوجته : برئت من نكاحك .

معجم لغة الفقهاء ص ٣٩٨ .

(٤) انظر : النواذر والزيادات ل ٢٢٢/ب .

وقال ابن الماجشون : يرجع إلى الزوج النصف^(١) الذي يجب لها بالطلاق ، كما لو بارأها بعد البناء على ردّ الجميع الذي وجب لها بابتناء كان^(٢) ذلك للزوج^(٣) .

قال الشيخ : قال بعض فقهاءنا : سألت أبا بكر بن عبد الرحمن عن العطايا إذا كانت في أصل عقد النكاح هل تفتقر إلى القبض ؟ فقال : لا تفتقر إلى القبض ، ولا تبطل بموت المعطي قبل القبض ، لأنه باب معاوضة لما نكح الزوج عليها .

قيل : فإن كان فيها غرر لعدم الصفة لما يعطى ونحوه أبلغ به الفسخ ؟ قال : لا ، لأن العطايا إنما هي مشرطة للمرأة للزوج ، فلا يضر النكاح كونها بجهولة .

قيل : فإن طلق الزوج قبل البناء ، أو مات^(٤) ، هل ترجع هذه العطايا إلى المعطي لسقوط النكاح الذي لأجله / كانت العطايا ؟ فقال : لا ترجع إليه ، لأنه قد منع منها مرة فلا ترجع إليه بطلاق المرأة ، ولا بموتها كالاغتصار^(٥) إذا طرأ ما يمنع منه ثم زال المانع أنه لا يرجع ، وإن كان قد اختلف في بعض ذلك إذا زالت موانع الاعتصار ، ولكن لا يدخل هذا الاختلاف في مسائلتك .

قيل : فهذه العطايا إنما كانت مشرطة بهذا النكاح ولأجلها نكح الزوج وزاد في الصداق ، وإذا زال النكاح وجب زوالها بزواله ، كما إذا حمل صداق ولده ثم طلق الولد قبل البناء أن نصف الصداق يرجع إلى الأب ؟

(١) أي من الصداق الذي تحمله أبوه .

(٢) في أ ، ب "جاء" .

(٣) المصدر نفسه ل ٢٢٢ ب .

(٤) في جميع النسخ "مات" ، والتصحيح من تهذيب الطالب .

(٥) الاعتصار لغة : قال الخليل : هو أن يخرج من إنسان مال بغرم أو بوجه من الوجوه . معجم مقاييس اللغة ، مادة (عَصَر) .

وشرعاً : قال ابن عرفة : هو ارتجاع المعطي عطية دون عوض لا بطوع المعطي .

شرح حلود ابن عرفة ٥٥٩/٢ .

فقال ليس هذا سواء^(١) ، لأن الصداق هاهنا عوض البضع ، فإذا زال ملك الزوج عن البضع زال الصداق الذي بسببه أعطيه الزوج ، وفي مسألتك العطايا ليست عوض البضع إنما هي عطايء للزوجة فليس له رجوع فيما أعطي لها ، وليس له حكم بينه وبين الزوج^(٢) .

قال الشيخ : قال بعض فقهاءنا من أهل بلدنا^(٣) : إذا انفسخ النكاح قبل البناء رجعت العطايا إلى الأب كالذي حمل الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل البناء أن نصف الصداق يرجع إلى الأب ، وأعاب بعض فقهاءنا هذا القول وغلظه^(٤) وصوب قول الشيخ أبي بكر بن عبد الرحمن^(٥) ، واحتج بمثل حجته ، وزاد بأن قال : الصداق عوض عن البضع ، وإنما يجب جميعه بالبناء فمتى سقط منه شيء رجع ذلك إلى الحامل^(٦) ، وليس الصداق في الحقيقة عوضاً عن العطايا وعن البضع ، ولا الزوج كالمشتري لها^(٧) إذا زاد من أحبها ، ولو كان ذلك لكان النكاح فاسداً ، وإنما زيادته في الصداق من أجلها كزيادته لجمالها^(٨) .

قال الشيخ : وظهر لي أن القياس ما قاله بعض شيوخنا ، وأنه لا فرق بين حمله عن ولده الصداق - وبذلك انعقد نكاحه - وبين إعطائه عرضاً ، وإعطاء ابنته عرضاً ، وعليه انعقد النكاح ، فإذا انفسخ العقد^(٩) الذي من أجله كانت العطايا

(١) "سواء" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : تهذيب الطالب لـ ١٣/ب .

(٣) "من أهل بلدنا" ليست في ز .

(٤) وهو عبد الحق الصقلي فقد قال : وهذا التمثيل عندي غير صحيح .

المصدر نفسه لـ ١٣/ب .

(٥) أي الذي تقدم ذكره ، وهو أن العطايا لا ترجع إلى الأب مطلقاً

(٦) وهو الأب .

(٧) أي العطايا .

(٨) انظر : المصدر نفسه لـ ١٣/ب .

(٩) "العقد" ليست في ز .

يوجب انفساخها^(١) ، وكان الأب قال للزوجة : تزوجي ابني وأنا أصدق عنه من مالي مئة دينار ، أو قال لرجل : تزوّج ابنتي وأنا أعطيها من مالي مئة دينار ، فعقدا على ذلك ، ثم انفسخ النكاح ، لوجب أن يرجع في عطيته . وهكذا كمن قال لرجل^(٢) : بيع من فلان سلعتك بمئة ، وأنا أعطيك المئة^(٣) ، فانعقد الأمر على ذلك ثم استحققت السلعة ، أو وجد بها عيباً فردّت ، أنه يرجع في عطيته ، لأنه إنما أعطاه ذلك من أجل البيع فلم يتم^(٤) ، فلا تتم عليه العطية .
وأما قوله^(٥) ^(٦) : وليس الصداق في الحقيقة عوضاً عن البضع والعطايا ، ولو كان كذلك كان فاسداً .

فتقول : إن الصداق في الحقيقة عوضٌ عن البضع والعطايا ، الا ترى أن الأب إذا أعدم بالعطايا كان للزوج فسخ النكاح ، فلو لم يكن عوضاً لما وجب فسخه ، ولم يفسد ذلك النكاح ، لأن العطية ليست للزوج ، وإنما هو كمن قال : أعط فلاناً ثوباً وأنا أشتري سلعته بمئة دينار ، فإذا انفسخ البيع انفسخت العطية ، لأن الهبة للبيع تنفسخ بانفساخه ، سواء كانت للمشتري أو لغيره ، وهذا بين ، والله أعلم بالصواب .

ومن المدونة : ابن وهب : قال ربيعة : ومن زوّج ابنه الصغير ، والابن مليئاً فالصداق على الابن وإن لم يكن مليئاً فعلى الأب .

(١) أي يوجب فسخ عقد النكاح انفساخ العطايا فللأب أن يرجع فيها .

(٢) "لرجل" ليست في ز .

(٣) في أ ، ب "ثوباً" .

(٤) "فلم يتم" ليست في أ ، ب .

(٥) "وأما قوله" ليست في أ ، ب .

(٦) أي عبد الحق الصقلي .

قال أبو الزناد^(١) : أو جعله على الابن فيلزمه .
وقال يحيى بن سعيد : ومن زوج ابنة صغيراً أو كبيراً ولا مال له فالصداق على الأب عاش أو مات ، فإن كان / لواحد منهما مال فذلك عليه إلا أن يشترطه الأب على نفسه^{(٢) (٣)} .

قال الشيخ : قال بعض فقهاءنا : معنى قول يحيى : أو كبيراً ، يريد : سفيهاً^(٤) .

قال الشيخ : وذلك عندي سواء^(٥) ، لأنه هو عقد عليه ، فالصداق عليه إلا أن يظهر أنه عسى الابن كالوكيل يشتري سلعة فالثمن عليه إلا أن يقول : الموكل ينقذك دوني^(٦) .

ومن المدونة : قال ابن وهب عن مالك : إذا كان الولد صغيراً لا مال له فزوجه الأب فالصداق على الأب ، ولا يلزم الابن منه شيء وإن أيسر ، ولا يرجع به الأب على الولد إذا أيسر الابن ، وإنما ذلك بمنزلة ما أنفق عليه .
وإن زوجه بنقد وموخر ، فدفعت النقد ثم أيسر الولد فأراد الأب أن يجعل موخر الصداق على الابن فليس ذلك له ، وهو عسى الأب كله^{(٧) (٨)} .

(١) هو أبو محمد عبد الرحمن بن أبي الزناد عبد الله بن ذكوان ، المدني ، إمام ، فقيه ، حافظ . كثير الحديث سمع أباه وسهيل بن أبي صالح وهشام بن عروة وغيرهم ، قدم بغداد وتوفي بها سنة ١٧٤ هـ .

انظر : الطبقات ٤٨٦/٥ ، سير أعلام النبلاء ٤٥٨/٧ ، شذرات الذهب ٢٨٤/١ .

(٢) أي فالصداق عليه في ماله كما تقدم أول الباب .

(٣) انظر : المدونة ٢٢٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٦ ، ٨٧ .

(٤) تهذيب المطالب ١٥٠/أ .

(٥) أي سواء أكان الابن الكبير سفيهاً أم لا فهو على الأب .

(٦) أي فيكون الثمن على الموكل .

(٧) "كله" ليست في أ ، ب .

(٨) انظر : المدونة ٢٢٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٧ .

قال عبد الوهاب : إذا زوج الأب ابنه الصغير، فإن سمي الأب الصداق عليه لزمه وكان ديناً عليه للمرأة ، وإن أطلق فلم يسم على من الصداق نظر ، فإن كان للصبي مالٌ فالصداق عليه ، لأن من شرط عقود المعاوضات أن يكون العوض على من يملك المَعْوَض ، كما لو اشترى له ثوباً أو عقاراً ، وإن لم يكن له مالٌ فالصداق على الأب ، لأنه ليس من النظر أن يزم الأب ذمة الابن ديناً لاحتاج إليه ، لأن الصبي لا يحتاج إلى التزويج ، فإن أيسر الابن^(١) لم ينتقل الوجوب إليه ، لأنه استقر على الأب ، وإن أعسر الأب بعد بلوغ الابن وقبل دخوله ، وقالت المرأة : لأسلم نفسي إلا بعد قبض الصداق ، قيل للابن : إن أردت فأد الصداق وادخل ، وإلا فطبق ولا يلزمك شيء^(٢) .

[فصل ٣ — في ضمان الأب الصداق في مرضه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم عن مالك : ومن زوج ابنه الصغير في مرضه وضمن صداقه لم يجوز الضمان ، لأنه وصية لوارث^(٣) ، وجاز النكاح ، فإن شاء الابن البناء وهو كبيرٌ ودَى الصداق ودخل بزوجه ، وإلا لم يلزمه الصداق ، وفسخ النكاح^(٤) .

ابن المراز : قيل لمالك : فإن بلغ الابن في مرض أبيه فدخل بها ، وقبضت المرأة صداقها من الأب ، ثم مات الأب؟^(٥)

(١) "الابن" ليست في ز .

(٢) انظر : المعونة ٧٣٤/٢ ، ٧٣٥ .

(٣) فلا يلزم إلا بإجازة الورثة .

(٤) انظر : المدونة ٢٢٢/٢ ، تهذيب للدرية ص ٨٧ .

(٥) في أ "الابن" ، وهو خطأ .

قال : فالصداق مردود على ورثة الأب ، ولا يكون ذلك لها ، لأنها عطية لوارث ، فيكون صداقها ديناً على زوجها تتبعه به .

قال ابن المواز : ولا يخال بينه وبينها لذلك ، وذلك إذا بقي في يديها ربع دينار ، وإلا حيل بينهما حتى يدفع ربع دينار^(١) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن كان الولد صغيراً وله مال نظر فيه وليه أو وصيه ، فإن رأى في إجازة ذلك غبطة^(٢) دفع إليها الصداق من مال الولد ، وثبت النكاح ، وإن رأى غير ذلك فسخه ، وإن طلبت الزوجة ذلك في مرض الأب لم يكن لها شيء من مال الأب ، وقد قال مالك فيما يضمن الأب عن ابنه في مرضه : لا يعجبني هذا النكاح .

قال ابن القاسم : وإن صح الأب لزمه الضمان ثم إن مرض بعد صحته فقد ثبت عليه الضمان^(٣) .

قال ابن المواز : وإن ضمن الأب صداق ابنته في مرضه فابن القاسم وأتسهب يريانه كالوصية لابنته فهي باطلة إن مات .

وقال ابن وهب وعبد الملك : هو وصية للزوج من الثلث ، وقاله مالك .

ابن المواز : وهو القياس^(٤) إلا أن يكون أكثر من صداق مثلها فترد الزيادة ،

فإن طلقها قبل البناء وقبل موت الأب فلها / نصف المهر من ثلثه ، ولا شيء للزوج في النصف الباقي ، لأنها عطية لزمته في نكاحه ، فما لم يجب عليه فهو عطية لم تقبض ، وما وجب عليه فهو كالمقبوض .

قال ابن الماجشون : وقال ابن دينار وغيره من أصحابنا : إن طلقها قبل البناء

فلا شيء لها من تركة الأب ، لأنه أعطاها^(٥) على أنه إن هي دخلت تمت لها وإن طلقت أخذت بمعنى الوصية للوارث .

(١) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٢٣/٢ .

(٢) أي منفعة عائدة على الابن ، أو لاضررة عليه في هذا الزواج .

(٣) انظر : المدونة ٢٢٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٧ .

(٤) أي القول بأنه وصية للزوج .

(٥) في أ ، ب زيادة " لها " .

وخالف ذلك عبد الملك وأخذ بقول مالك^(١) .

قال ابن المواز : وهو الصواب .

وقد سئل أشهب فيمن أقر في مرضه أنه قبض صداق ابنته ، ولم يدخل بها زوجها ، ثم مات الأب ؟

فقال : إن ترك مالا أخذ من ماله .

قال ابن المواز : فقد ترك قوله الأول^(٢) لهذا ، لأنه لو كانت الأولى عطية لابنته كانت هذه مثلها ، لأنه إنما يخرج ذلك من ماله لابنته ، فهو بمنزلة ماله قال : ادفعوا ذلك لها عن زوجها^(٣) .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : إذا زوج ابنه الصغير ولا مال للابن وشرط في عقد نكاحه أن يعطيه داراً أو مالا نحا بعض شيوخنا من أهل بلدنا^(٤) أن الصداق يكون على الابن لأعنى الأب ، لأنه صار موسراً بما أعطاه الأب .

قال^(٥) : وفي المسألة نظر ، لأنه لم يتقدم يُسره بهذا المال قبل عقد النكاح ، وإنما صار موسراً بعد عقد النكاح^(٦) .

قال الشيخ : والصواب ما قال الشيخ^(٧) ، لأنه معلوم أنه لم يتم العقد إلا بيسره ، فهو كالموسر قبل العقد ، وإنما العلة أن يكون له مال ، وبالعقد يؤخذ منه الصداق ، وذلك موجود في هذا ، وأما الفقير^(٨) فالأب كالمشتري له ، فالثمن عليه^(٩) ، إذ لا حجة له بأن يقول : يدفع ذلك من ماله ، وهو لا مال له . والله أعلم .

(١) وهو أن نأخذ نصف المهر من ثلث مال أبيها كما تقدم .

(٢) أي في مسألة ضمان الأب صداق ابنته في مرضه ، وهو أنه عطية لها تبطل بالموت .

(٣) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٢٣/١ .

(٤) "من أهل بلدنا" ليست في ز .

(٥) أي بعض شيوخ عبد الحق .

(٦) انظر : تهذيب الطالب لـ ١٥١/١ .

(٧) وهو أن الصداق يكون على الابن .

(٨) أي وأما تزويج الأب ابنه الفقير .

(٩) أي على الأب كما تقدم أول الباب .

ابن حبيب : ومن زوج ابنه الصغير أو الكبير أو أجنبيًا وضمن صداقة ثم قال الأب : إنما أردت الحَمَالَةَ^(١) ، أو قاله ورثته بعد موته ، وقالت الزوجة أو الابن أو الأجنبي : بل أراد الحمل . فإن لم تذكر البيئة تفسير ذلك فهو على الحمل حتى ينص على^(٢) الحَمَالَةَ نصًّا ، قاله ابن الماجشون^(٣) .

قال الشيخ : لأن العرف في ضمان الصداقات أنه على الحمل حتى يُشترط غيره .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا تزوج الصغير واشترط عليه شروط بتمليكٍ وعتقٍ وطلاقٍ فأجاز وليُّه ذلك ، أو زوجه وليُّه على ذلك فلا يلزمه منها شيء إلا أن يلتزمها نفسه بعد البلوغ^(٤) ، وإذا بلغ قبل البناء وعلم بالشروط ودخل عليها لزمته ، وإن بنى ولم يعلم بها لم يلزمه منها شيء .

قال^(٥) : وإذا لم يرض قبل البناء بالشروط قيل له : إما أن ترضى ، أو تطلق وتغرم نصف الصداق .

قال أصبغ : وإذا اختار الفسخ فلا شيء عليه ولا على أبيه إذا لم يدخل ، ولو كان يوم زوجه لا مال له .

ابن المواز : وهذا أحب إلينا^(٦) ، إلا أن تسقط المرأة الشروط فيلزمه النكاح كرسول الرجل يزوجه بشرط . فإن بنى بعد العلم لزمه ، وإن لم يبن ولم يرض فأما^(٧) رضيت بغير شرطٍ وإلا ففسخ ولا شيء عليه .

(١) أي حمالة الديون .

(٢) "على" ليست في ز .

(٣) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٢٢/ب .

(٤) في ز "أن يلتزمها بعد البلوغ" .

(٥) أي ابن القاسم .

(٦) أي أنه إن اختار الفسخ فلا شيء عليه .

(٧) في جميع النسخ زيادة "إن" .

قال أصبغ : ولا على الرسول إن كان زعم أنه أمره بذلك .
 قال في ^(١) غيره ^(٢) : ولو قال الصبي : شُرِطَ هذا عليّ وأنا صغيرٌ ، وقال أولياء
 المرأة : بل وأنت كبيرٌ ، فعلى الزوج البينة وإلا حلف أولياء المرأة ، ولزمته تلك
 الشروط ^(٣) . /

(١) "في" ليست في أ .

(٢) أي غير كتاب ابن حبيب ، لأن عبد الحق قال : وفي غير كتاب ابن حبيب : ولو قال الصبي
 ... الخ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٢٢١ / ١ ، تهذيب الطالب ل ١٥ / ١ .

[الباب الرابع] في حد الصداق وفي الصداق بأقل من ربع دينار

[فصل ١ — في حد الصداق]

قال بعض البغداديين : لأحد لأكثر الصداق إجماعاً ، وأقله عندنا ربع دينار من الذهب ، أو ثلاثة دراهم من الورق ، أو مايساوي أحدهما^(١) ، بناءً على القطع في السرقة^(٢) ، لأنه عضوٌ محرّم ، تناوله بحقّ الله تعالى ، لا يستباح إلا بمال ، فوجب أن يكون مقدّراً كمثّل مايقطع فيه السارق^(٣) ، ولأن المهر في النكاح حقّ لله بدليل أنهما لو تراضيا على إسقاطه لم يجز ، وحقوق الله في الأموال مقدّرة كالزكاة والكفّارات^(٤) .

[فصل ٢ — في الصداق بأقل من ربع دينار]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فأقل الصداق ربع دينار ، فمن نكح بدرهمين أو بما يساويهما فإن رضي الزوج أن يُتمّ لها ثلاثة دراهم ثبت النكاح ، وإن أبى فسخ النكاح قبل البناء ، وإن كن قد دخل بها جُبرَ على أن يُتمّ لها ثلاثة دراهم ، ولا يفسخ لاختلاف الناس في هذا الصداق ، لأنّ منهم من قال : ذلك صداقٌ جائزٌ ، ومنهم من قال : لا يجوز .

(١) انظر : التقرير ٢٢٧/٢ ، الرسالة ص ٢٤٣ .

(٢) لأن أقل مايجب به القطع في السرقة ربع دينار ، لما روت عائشة رضي الله عنها حيث قالت : قال النبي صلى الله عليه وسلم : "تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً" أخرجه البخاري ، كتاب الحدود ، باب قول الله تعالى : ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ وفي كم يقطع ١٧، ١٦/٨ ، ومسلم ، كتاب الحدود ، باب حد السرقة ونصابها ١٣١٢/٣ رقم (١٦٨٤) .

(٣) قال ابن رشد : فلما وُجد مايقطع فيه يد السارق مقيداً في السنة بمقدارٍ وجب أن يحمل النكاح المطلق عليه . المقدمات الممهدة ٤٦٩/١ .

(٤) المعونة ٧٥٠/٢ .

وقال غيره^(١) : يُفسخ قبل البناء وإن أتم الزوج ربع دينار ، ويُفسخ أيضاً بعد البناء ، ولها صداق مثلها ، وهو كمن تزوج بلا صداق .
قال ابن القاسم : وإن طلقها قبل البناء فلها نصف الدرهمين لاختلاف الناس في أنه صداق^(٢) .

قال ابن المواز : قال مالك : أقلل الصداق من الذهب ربع دينار ، ومن الورق ثلاثة دراهم ، ومن العروض ما قيمته ثلاثة دراهم ، ومن تزوج بدرهمين فإن لم يدخل خيّر^(٣) ، فإن أتم لها ثلاثة دراهم وإلا أوقع عليه طلاقاً ، وكان لها نصف الدرهمين^(٤) ، وإن دخل فقال عبد الملك : يلزمه تمام صداق المثل .

وقال ابن القاسم وأشهب : يتم لها ثلاثة دراهم .

قلت^(٥) : فقول ربيعة : يجوز بدرهم ، وقال يحيى بن سعيد : يجوز بسوطٍ ونعلين؟ قال : ولو أجزته بدرهم لأجزته بأقل منه إلى ما لا يكون صداقاً .

وقد أجمل الله سبحانه ما يقطع فيه اليد في السرقة^(٦) ، فوقت النبي عليه الصلاة والسلام فيه ربع دينار^(٧) ، فهو مما له بال ، فلا يباح الفرج بما لا بال له ، وهو يأتي كالعضو .

وأما يحيى بن سعيد في قوله : بسوطٍ ونعلين ، فقد استثنى إن كان ذلك صداقاً^(٨) .

(١) أي غير ابن القاسم من الرواة .

(٢) انظر : المنونة ٢٢٣/٢ ، تهذيب المنونة ص ٨٧ .

(٣) أي بين أن ينته أو يفسخ النكاح .

(٤) وقد تقدم من قول ابن القاسم .

(٥) القائل هو ابن أبي زيد .

(٦) أي في قوله تعالى : ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ . سورة المائدة : آية ٣٨ .

(٧) سبق تخريجه ص ٢٠٠ .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٣٠/ب .

قال الشيخ : وقال الأبياني^(١) في كتابه : إن أبي أن يتم لها ربع دينارٍ فرّقنا بينهما بطلقةٍ ، ولا شيء لها ، لانصف الدرهمين ولا غيره^(٢) .

ورجّح ابن الكاتب هذا ، وقال : هو الذي يوجب النظر ، لأنه إذا كان الفسخ من الصداق من أجل أنه عندنا ليس بصداق فكيف يُعطى نصف ماوجب الفسخ من أجله؟ ولأنه إنما يفسخ بحكم فكيف يكون حكمه بالفساد ، ومن أجل فريضته حُكِمَ بصحة الفريضة ، إذ لا تستحق الزوجة إلا نصف مايصح ، وليس الفسخ كطلاقه إياها ، كاختلاف الزوجين في مقدار الصداق قبل البناء لأنهما إذا تحالفا انفسخ النكاح ، ولم يكن عليه من الصداق شيء ، وإذا طلق قبل التحالف لزمه نصف ماأقر به وإن كان قادراً إذا حلفت الزوجة على أن لا يحلف ويتم لها ماقالته وتبقى على نكاحه ، فهو كالمتزوج بدرهمين ، إذ له البقاء على النكاح بتمامه ربع دينار ، فإذا لم يتمه فسخ ، وإن طلق لزمه نصف / الدرهمين^(٣) .

[٧٣/ب]

قال الشيخ : والصواب ماقاله ابن المواز^(٤) وإليه ذهب أبو الحسن^(٥) ، وإنما كان لها في الفسخ نصف الدرهمين لأن بعض العلماء يراه نكاحاً صحيحاً لا يجوز فسخه ، ويُستعده حديث الموطأ^(٦) ، وإنما فسّخه عندنا على طريق

(١) في جميع النسخ "البياني" وهو تصحيف .

(٢) ، (٣) تهذيب الطالب ل ١٥ / ب .

(٤) أي عن مالك وهو أن لها نصف الدرهمين .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ١٥ / ب .

(٦) وسيأتي قريباً .

الاستحباب ، إذ لو كان فاسداً لم يجب الثبات عليه وإن أتم ربع دينار ، فراعينا
الاختلاف فيه لقوته ، وجعلنا حكمه حكم من طلق ، إذ لو شاء الثبات عليه لأتم ربع
دينار ، فإن لم يتمه صار كمختارٍ للطلاق ، فوجب عليه لذلك نصف الدرهمين ،
وليس ذلك كالاختلاف في قدر الصداق ، لأن هذا لو رضيت الزوجة بقول الزوج
لتم ، ولا يجوز لها الرضى بالدرهمين ، ولأن النكاح في^(١) الاختلاف في الصداق
صحيح بإجماع ، وإنما اختلفنا في ثمنه كاختلاف المتبايعين في الثمن ، والعلل مفترقة ،
وعلى العلل يُقاس لأعلى الجواب .

وماروى مالك في الموطأ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة
فقلت : يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك ، فقامت قياماً طويلاً ، فقال رجل :
يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم : "هل عندك من شيء تُصَدِّقُهَا إياه؟" فقال : ما عندي إلا إزارِي هذا ، فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إن أعطيتها إزارك جلست لإزارك ، فالتمس
شيئاً" ، فقال : ما أجد شيئاً ، قال : "التمس ولو خائماً من حديد" ، فالتمس فلم
يجد شيئاً ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : "هل معك من القرآن شيء؟"
قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا ، لسورٍ سمَّاهُ ، فقال له النبي صلى الله عليه
وسلم : "قد زوجتكها بما معك من القرآن"^(٢) ، قال مالك : ليس عليه العمل^(٣) .

(١) "النكاح في" ليست في ز .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج ١٣١/٦ ، ١٣٢ ، ومسلم
كتاب النكاح ، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد ١٠٤٠/٢ ، ١٠٤١ ، رقم
(١٤٢٥) ، ومالك ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في الصداق والحباء ٤١٦/٢ رقم (٨) .

(٣) وقد أورد المؤلف هذا الحديث لأن مفهومه يقتضي عدم تحديد أقل الصداق ، وهذا المفهوم
يتعارض مع ما ذكره من أن أقل الصداق ربع دينار أو ثلاثة دراهم .

قال عبد الوهاب : ويستحب لمن تزوج أن يدفع شيئاً من اصدق قبل الدخول ، وأقله أقل^(١) ما يستباح به الفرج وهو ربع دينار ، لأنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك لما تزوج فاطمة من علي رضي الله عنهما^(٢) (٣) .

(١) "أقل" ليست في أ ، ب .

(٢) أخرجه البزار والطبراني ورجال الطبراني رجال الصحيح بلفظ : "تزوج علي فاطمة من رسول الله صلى الله عليه وسلم يَكُنْ من حديد" ، انظر : مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، باب الصداق ٢٨٣/٤ .

والبدن هي الدرع ، سُميت بذلك لأنها تضمُّ البدن فانظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة (بَدَن) . وأخرج البيهقي ما يدل على أن علياً رضي الله عنه أصدق فاطمة درعه ، كتاب الصداق ، باب لا يدخل بها حتى يعطيها صداقها أو ما رضيت به ٤١٢/٧ رقم (١٤٤٦٢، ١٤٤٦١) .

(٣) المعونة ٧٥٣/٢ .

[الباب الخامس]**في المرأة تُحدث في الصداق هبة أو عتقا أو بيعا
أو شراء أو زكاة أو غير ذلك****[فصل ١ — فيما تملك به المرأة الصداق ملكاً مستقراً]**

قال بعض أصحابنا البغداديين : الأصل عندنا أن المرأة تملك الصداق بالعقد والتسمية ملكاً غير مستقر ، وإنما يستقر بالموت أو بالدخول ، لأنه لو كان ملكاً مستقراً لم يجز أن يبطل بعد استقراره . وقد ثبت أنها لو ارتدت أو كانت أمة فتعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول م تستحق شيئاً ، لأن الفسخ من قبيلها ، ولو طلقت قبل البناء للملك النصف ، فدل أنه غير مستقر ، وإنما يستقر بالموت أو بالدخول^(١) .

[فصل ٢ — في المرأة تحدث في الصداق هبة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا وهبت المرأة صداقها للزوج بعد أن قبضته أو قبل وهي حائزة الأمر ثم طلقها قبل البناء فلا رجوع له عليها بشيء ، ولو وهبته نصفه فله الربع عليها إن قبضته ، أو لها عليه إن لم تقبضه ، وكذلك في هبتها ستين من مئة أو أربعين وقبضت الباقي فإنما عليها نصف ما قبضت^(٢) .
قال الشيخ : وكان لم يصدقها غيره^(٣) .

(١) انظر : المصدر نفسه ٧٥٤/٢ .

(٢) انظر : المدونة ٢٢٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٧ .

(٣) لأنه لو أصدقها غيره وقبضته فله عليها نصفه أيضاً .

ومن كتاب محمد : وإذا وهبته قبل البناء جميع صداقها جُزِيَ على أن لا يدخل
/ بها حتى يعطيها ربع دينار فأكثر ، فإن لم يفعل حتى طلق فلا شيء عليه ، ولو [٧٤/١]
قبضته ثم وهبته فلا شيء لأحدهما على الآخر^(١) .

ومن العتية : ابن القاسم : ومن تزوج بكراً بمئة دينار فأعطته ذلك من
عندها ، ثم علم الأب فالنكاح ثابت بنى بها أو لم ين ، ويرد ما أخذ منها ، ويغرم
المئة من ماله ، كالعبد يعطي مالاً لمن يشتريه^(٢) .

قال في^(٣) رواية عيسى : ومن أعطته امرأة مئة دينار يتزوجها بها ، فإن
كانت ثيباً فزادها على ما أعطته ربع دينار فالنكاح جائز ، وإن كانت بكراً ولم ين
بها فإن أتم لها الصداق وإلا ففسخ ، وأصل النكاح صحيح ، وإن بنى فلها عليه
صداق المثل .

ثم رجع فقال : النكاح ثابت بنى أو لم ين^(٤) ، فإن كانت بكراً فعليه أن
يعطيها من ماله مثل ما أعطته ، وإن كانت ثيباً فزادها من ماله ربع دينار لم تكن لها
حجة^(٥) .

قال الشيخ : ذكر عن أبي عمران فيما جرى من عاداتهم بالقيروان في رد
النقد إلى الزوج ، أن ذلك نكاحٌ وسلفٌ لا يجوز إذا وقعت الغيبة على النقد ، ولو لم
ينغب عليه واشترط ذلك كان النكاح صحيحاً .

(١) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٣٢/ب .

(٢) انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٤٦/٥ .

(٣) أي ابن القاسم .

(٤) وهو قوله الذي تقدم قريباً .

(٥) والنكاح جائز ، لأن الثيب مالكة أمر نفسها فمعتيتها له جائزة بخلاف البكر فإنها مرسلة عليها
لا يجوز عطيها .

انظر : المصدر نفسه ٣٩١/٤ ، ٣٩٢ .

فإذا فسد النكاح فيما ذكرناه^(١) فسخ قبل البناء وثبت بعده ، لأنه فساد في الصداق ، ويكون لها صداق المثل^(٢) .

ومن المدونة : قال مالك : وأن وهبت مهرها لأجنبي قبل قبضه وهي جائزة الأمر فإن حمله ثلثها جز ، وإن جاوز الثلث بطل جميعه إلا أن يجيزه الزوج .

وقال ابن القاسم : إذا حمله الثلث وكانت جائزة الأمر فلم يقبضه الموهوب له^(٣) حتى طلقت قبل البناء ، فإن كانت موسرة يوم طلقها فلموهوب أن يأخذ من الزوج جميع الصداق ، وللزوج الرجوع عليها بنصفه ، وإن كانت طلق معسرة حبس الزوج نصفه ودفع نصفه إلى الموهوب له ، ولو قبض الأجنبي جميعه قبل الطلاق لم يرجع عليه الزوج بشيء ، كانت الزوجة يوم الهبة موسرة أو معسرة ، أو الآن ، لأن دفعه ذلك إليه^(٤) وهي معسرة إجازة لما فعلته ، ويتبع الزوج المرأة بنصفه^(٥) .

ابن المواز : وروي لابن القاسم : أن للمرأة أن ترجع على الموهوب بما تغرم للزوج ، وهذا خلاف لقوله الأول^(٦)^(٧) .

ومن المدونة : قال غيره : إذا كانت يوم الهبة موسرة ولم يقبضه الموهوب حتى طلقت لم ينظر إلى عسرها يوم الطلاق ، وعلى الزوج دفع جميعه إلى الموهوب وللزوج متابعتها بنصفه^(٨) .

(١) أي بأن غاب الزوج على النقد على ما ذكر أبو عمران .

(٢) انظر : تهذيب الطالب لـ ١٣/ب .

(٣) "له" ليست في ز .

(٤) "إليه" ليست في ز .

(٥) انظر : للمدونة ٢/٢٢٥، ٢٢٦ ، تهذيب المدونة ص ٨٧ .

(٦) وهو أن الزوج يرجع عليها بنصفه ، ولا ترجع هي على الموهوب .

(٧) انظر : التواذر والزيادات ٢٤٤/أ .

(٨) انظر : للمدونة ٢/٢٢٦ ، تهذيب المدونة ص ٨٧ .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : أنه لما كان ملكها للصدّاق ملكاً^(١) غير مستقر وأن للزوج أن يطلق فيستحق نصفه كانت هبتها لذلك النصف ضعيفة لحق الزوج فيه ، ولقول من يرى أن الهبة لا تتم إلا بالقبض فلما ضعفت لهذا استحسّن ابن القاسم أنها إن كانت موسرة يوم الطلاق كان على الزوج دفعه إلى الموهوب ، لأن الزوجة أملك به قبل الطلاق ، وإذا لاضرر عليه في ذلك ، لأنه يرجع عليها بحقه ، وإن كانت معسرة كان له حبس نصفه لحقه فيه ، ولمراعاة الخلاف ، ولما يلحقه من الضرر .

ووجه قول غيره : أن الزوجة لما كانت أملك بجميع الصدّاق قبل الطلاق ، وكان ثمنها يوم الهبة يحمله ، كانت هبتها فيه جائزة ، ولا كلام للزوج فيه ، فلا ينظر إلى ما حدث / بها بعد ذلك ، وعلى الزوج دفعه إلى الموهوب ، لأنه كان له ديناً [٧٤/ب] عليه .

قال الشيخ : وذكر أن أبا عمران قال : قول الغير أقيس^(٢) ، لأن هبة الدين إذا كان في ذمة فهو مقبوض ، سواء مات الواهب أو أعدم ، وابن القاسم ضعف أن يكون مقبوضاً وكان الزوج عنده أدرك عين شيء فهو أولى به .
وانتصر ابن الكاتب لابن القاسم فقال : الحيازة التي كانت من الزوج قد انكشف أنها لم تكن للموهوب في جميع الصدّاق ، وإنما كانت في نصفه لظهور استحقاق الزوج ، فإن كانت موسرة مضى فعلها ، لأنها فعلت ما يجوز لها وهي معطية عوضاً مما وهبت - يريد وإذا كانت معسرة بحق الزوج في النصف أبد الاستحقاق ذلك بالفراق يوم الطلاق ، وأن الزوجة لا تستحق إلا نصفه ، فكان الزوج أولى بأخذ مانص له في^(٣) القرآن^(٤) من موهوب لا يستحق ذلك واهبه .

(١) "ملكاً" ليست في ز .

(٢) وهو أنه إنما ينظر إلى يسرها يوم الهبة لا يوم الطلاق .

(٣) "في" ليست في ز .

(٤) وهو نصف الصدّاق المنصوص عليه في قوله تعالى : ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...﴾ الآية ، سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

وقد أطلال في ذلك الحجاج فاقترصت على بعضه ومفهومه^(١) (٢) .
ومن المدونة : قال ابن القاسم^(٣) : ولو أصدقها حيواناً بعينه فقبضت ذلك
المرأة ، ثم وهبته لأحدٍ وهي جائزة الأمر ، ثم طلقها الزوج قبل البناء ، كان له
عليها نصف قيمته يوم وهبته ، فما عند الموهوب أو نقص .
وقال بعض الرواة : بل نصف قيمته يوم قبضته ، لأنها ضامنة له لو
هلك^(٤) (٥) .

قال الشيخ : وقول مالك أولى^(٦) ، لأنها لم تضمنه بالقبض فيلزمها إذا
تعدت فيه قيمته يوم قبضت كالغاصب ، أو كالبائع الفاسد ، بل كان ضمانه منه ،
لأنه لو مات^(٧) ثم طلق الزوج قبل البناء لم يرجع عليها بشيء ، فقبضها وغير قبضها
سواء ، فإنما يلزمها قيمته يوم أحدثت فيه ما أحدثت .

[فصل ٣ — في المرأة تُحدث في الصداق بيعاً أو عتقاً]

قال ابن المواز : ولو باعته ثم طلقها قبل البناء جاز بيعها ، ورجع الزوج
عليها بنصف الثمن^(٨) .

(١) "ومفهومه" ليست في ز .

(٢) انظر : تهذيب الطالب لـ ١٥/ب ، ١٦/أ .

(٣) قال ابن القاسم "ليست في ز .

(٤) "لأنها صامنة له لو هلك" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ٢٢٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٧ .

(٦) أي الذي رواه ابن القاسم ، وهو أنها تضمن نصف قيمته يوم وهبته .

(٧) أي الحيوان .

(٨) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٤١/أ .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : قال مالك : ولو نكحها بعبدٍ يعينه فدفعه إليها فأعتقته ثم طلقها قبل البناء ، فنه عليها نصف قيمته يوم أعتقته^(١) .
ابن المواز : وقال^(٢) عبد الملك : بل نصف قيمته يوم قبضته^(٣) ، ولا يعجبنا ذلك ، لأن ضمانه منه^(٤) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولا يرد العتق مرسرة كانت أو معسرة ، لأنها إن كانت يوم أعتقته مرسرة لم يكن للزوج كلام ، وإن كانت معسرة وقد علم الزوج بعقبتها فلم يغير ذلك جاز العتق فإن علم ذلك وأنكر عتقها وهي معسرة كان له رد العتق ، ولا يعتق من العبد شيء ، لأن مالكا قال : إذا أعتقت المرأة عبدها وثلتها لا يحمله ، فلزوجها رده ولا يعتق منه شيء .

قال ابن القاسم : فإن رد الزوج عتقها ثم طلقها قبل البناء فأخذت نصف العبد فإنه يعتق عليها النصف الذي صار لها^(٥) .

وقال أشهب في غير المدونة : لا يعتق إذا رد الزوج عتقها أولا .
وقال أشهب وعبد الملك : وروي لمالك أن ذات الزوج إن أعتقت ثلث عبداً لا تملك غير ذلك^(٦) العبد ، خير الزوج ، فلما أحازه فيعتق جميعه ، أو يرده فلا يعتق منه شيء .

وقال ابن القاسم : يعتق ثلثه فقط وإن كره الزوج ، ورواه عن مالك .
ومن المدونة : ابن القاسم : ولو تزوجت ولها عبدٌ لا مال لها غيره ، فأعتقته كله فرد الزوج عتقها ثم مات عنها أو طلقها ، فإنه يعتق عليها الآن جميعه .
وقد قال مالك في المفسر إذا ردَّ الغرماء عتقه ثم أفاد مالا : أن العبد / يعتق [٧٥/]
عليه ، فأرى الزوجة في عتقها بمنزلة المفسر في عتق عبده فيما وصفنا .

(١) انظر: المدونة ٢٢٨/٢ ، وهو كقولہ فی مسألة الحبۃ .

(٢) فی زیادة "لی" .

(٣) "یوم قبضته" لیست فی أ ، وهذا القول كقول بعض الرواة فی مسألة الحبۃ .

(٤) انظر : النوادر والزیادات ل ٢٤٤/أ .

(٥) انظر : المدونة ٢٢٨/٢ .

(٦) "ذلك" لیست فی ز .

وقد بلغني عن مالك أنه قال في الزوجة : يعتق عليها العبد إذا مات زوجها أو طلقها ، ولا أدري هل كان يرى أن يقضى بذلك عليها أم لا؟ والذي أرى ألاّ تستخدمه ويعتق عليها^(١) بغير قضاء^(٢) .

قال الشيخ : وفي العتق الأول^(٣) وجه ذلك والفرق فيه .
وفي كتاب محمد قال ابن القاسم : وإن كانت غنماً فزكّتها ، رجع بنصفها ناقصة ، ولو كانت مئتي^(٤) درهم فزكّتها ، رجع بمئة كاملة .
ابن المواز : لأنها في العين ضامنة ، والنماء^(٥) فيها لها ، وما دعت أنه تلف مما قبضت صدقت فيما يصدق فيه المستعير والمرتهن مع يمينها ، وما يغاب عليه من عين أو عرض فلا تبرأ من ضمانه إلا بينة ، قاله ابن القاسم وعبد الملك .
قال أصبغ : وأرى في العين خاصة أنها تضمنه وإن قامت بينة بهلاكه بغير تفريط .

قال ابن المواز : لا يعجنني قول أصبغ ، ولا تضمن إذا قامت البينة بهلاكه إلا أن تحركه لغير جهازها ، وهو كالوديعة^(٦) .
قال عبد الملك : ولو لم يطلقها فادعت تلف ما يغاب عليه ، وطالبها أن تتجهز بالصدّاق فليس ذلك له ، لأنه مالها ضاع ، فلا تضمن مالها ، وعليها اليمين ، وبالإطلاق يصير مالاً له .
وقال عبد الملك في العتبية : عليها أن تخلف ذلك من مالها إذا لم تقم بينة بهلاكه لتشتري به جهازها^(٧) .

(١) "عليها" ليست في ز .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢٢٨/٢ ، تهذيب المدينة ص ٨٧ .

(٣) أي في كتاب العتق الأول من الجامع .

(٤) في أ ، ب "مئة" .

(٥) "والنماء" ليست في أ ، ب .

(٦) أي في أنه لا يضمن إلا بالتعدي ومن أتعدى استعماله لغير جهازها .

انظر : النواذر والزيادات ل ٢٤٤/ب .

(٧) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١١١/٥ .

ابن المواز : قال أصبغ : ولو اشترت بالعين جهازها بأمر معروف ظاهر فضاع أو تلف لم تضمن ، كما لو أصدقها ذلك بعينه .
قال ابن المواز : وما أكلت من مهرها فإن طلق قبل البناء حوسبت به ، وإن لم يطلق وبني فلا شيء عليها ، وقال ابن عبد الحكم عن مالك في المرأة المحتاجة : لها أن تأكل من صداقها بالمعروف وتكتسي ، وروي مثله عن ابن القاسم في العتية^(١) .

[فصل ٤ — في المرأة تحدث في الصداق شراء]

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج امرأة بألف درهم ، فاشترت منه بها داره أو عبده أو مالا يصلح لجهازها ، ثم طلقها قبل البناء ، فإنما له نصف ذلك ، فما أو نقص^(٢) ، وهو بمنزلة ماله^(٣) أصدقها إياه ، ولو أخذت منه الألف ثم اشترت ذلك من غيره ، رجع عليها إذا طلقها بنصف الألف درهم^(٤) ، وكان لها نماؤه وعليها نقصانه ومنها^(٥) مصيبته^(٦) .

قال الشيخ : لأنها انفردت بمنفعته دونه ، ولم يدخل على ذلك^(٧) .
قال مالك : إلا أن يكون ما اشترت من غير الزوج مما يصلحها في جهازها مثل خادم وعطّر وثياب وفرش وأسرة ووسائد وكسوة ونحوه ، فليس للزوج إذا طلقها إلا نصف ذلك^(٨) .

(١) انظر : المصدر نفسه ٣٣١/٤ ، التوارد والزيادات ل ٢٤٤ ب .

(٢) "نما أو نقص" ليست في أ .

(٣) "لو" ليست في ز .

(٤) "درهم" ليست في ز .

(٥) في ز "وكان ذلك منها" .

(٦) انظر : المدونة ٢٣٠/٢ .

(٧) أي على انتفاعه بما اشترت .

(٨) أي نصف ما اشترت وليس نصف الألف درهم .

انظر : المصدر نفسه ٢٣٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٧ .

قال عبد الوهاب : لأن العرف شراء الجهاز بالصداق ، فقد دخل الزوج على ذلك ، وصارت كأنها فعلت ذلك بأمره وتصريحه ، لقوله تعالى : ﴿عُذْرُ الْعَفْوَ وَأَمْرٌ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾^(١) ، ولأنه عليه الصلاة والسلام أخذ صدق فاطمة فصرفه في جهازها من طيب وقرش ووسائد على ما روي^(٢) في الخبر^(٣) ، وفعله على الوجوب ، ولأن علياً رضي الله عنه حكم بذلك في قضية ارتفع إليه فيها فقضى على الأب تجهيز ابنته بالصداق ، وقال للزوج لما طلق وطلب نصف مادفعه وقال : أعطيت دراهم وأخذت صوفاً وخِرْقاً قال : أنت أضعت مالك ، ولم يخالف عليه أحد^(٤) .

ومن المدونة : قال ابن وهب عن مالك : وليس للمرأة أن تحبس ذلك وتدفع إلى الزوج نصف مانقلها ، لأنه كان لذلك ضامناً ، فلا يباع عليه ماله وهو / كاره^(٥) إلا أن يرضى بذلك^(٥) .

قال اسماعيل القاضي : إذا اشترت بصدقتها من زوجها داراً أو عبداً فإنما ينزل أمرها على التخفيف عنه ، إلا أن يتبين أنها إنما قصدت الشراء منه كما تشتري من غيره ، للرغبة في ذلك ، فيرجع عليها حيثنذ بنصف الصداق^(٦) .

(١) سورة الأعراف : آية ١٩٩ .

(٢) من قوله "روي في الخبر" إلى آخر الباب ساقط من ز .

(٣) رواه البزار ، كتاب النكاح ، باب تزويج علي بفاطمة رضي الله عنها ١٥٣/٢ رقم (١٤٠٩) وفيه محمد بن ثابت وهو ضعيف . انظر : التقريب ٦٠/٢ رقم (٥٧٨٥) .

انظر : كشف الأستار عن زوائد البزار على الكتب المتهمة ، تأليف الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٤هـ) .

(٤) انظر : المعونة ٧٥٥/٢ .

(٥) انظر : للمدونة ٢٣١/٢ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب لـ ١/١٦٤ .

وذكر عن بعض شيوخنا : إذا تزوجها بدنانيير ثم أعطاهما فيها عرضاً فاستحقَّ فإنما ترجع عليه بقيمة العرض ، وكأن النكاح إنما وقع بذلك العرض والدنانير مَلْغاة ، كما قال^(١) : إذا طلقها قبل البناء إنما له نصف العرض بمنزلة مالهو تزوجها به ، وهذا بخلاف البيوع ، لأن النكاح قد تظهر فيه التسمية في العلانية ، ويكون في السر غير ذلك^(٢) ، وليس البيوع كذلك^(٣) .

كما قال : لو تزوجها بثلاثين ديناراً عشرة منها نقداً وعشرة إلى أجل ، وسكتا عن العشرة الثالثة ، فالرواية : أن هذه العشرة المسكوت عنها تسقط ، ولو كان ذلك في البيع لكانت العشرة المسكوت عنها حائلةً ، وإنما فارق النكاح البيع في هذا ، لما ذكرنا أن فيه سرّاً وإعلاناً ، فأمره في غير ما وجه يخالف البيوع فاعلمه^(٤) .

(١) أي مالك وقد تقدم قريباً .

(٢) كما تقدم ذكر ذلك في الباب الثاني من هذا الكتاب .

(٣) فالشئ فيها معلوم للطرفين من حين العقد فلايزاد فيه ولاينقص منه .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل ١٦/١ .

[الباب السادس] في نماء الصداق ونقصه وغلته^(١) وجنابته

[فصل ١ — في نماء الصداق ونقصه وغلته]

قال مالك : وكل ما صدقه الرجل امرأته من حيوان أو رقيق بعينه تعرفه المرأة ، أو دار أو غير ذلك مما هو بعينه ، قبضت ذلك المرأة أو لم تقبضه فحال سوقه^(٢) ، أو نقص في بدنه ، أو نما ، أو توالد ثم طلقها قبل البناء ، فللزوجة نصف ما أدرك من هذه الأشياء يوم طلق على ما هو به من نقص أو نماء ، لأنه في ذلك شريك لها^(٣) .

قال ابن القاسم : ولا ينظر في هذا إلى قضاء قاض ، لأنه كان ضامناً لنقصها^(٤) .

قال مالك : ولو هلكت هذه الأشياء بيد المرأة ثم طلقها قبل البناء لم يرجع عليها بشيء ، ولو هلك ذلك بيده كان له أن يدخل بها ولا صداق عليه ، وتكون مصيبتها من المرأة^(٥) .

قال ابن القاسم : ولو نكحها بعرض بعينه فضاغ يبيده ضمنه ، إلا أن تعلم ذلك فيكون منها^(٦) .

قال مالك : وإن تزوجها على حائط ، فأثمر الحائط عند الزوج ، أو^(٧) عند المرأة ، ثم طلقها قبل البناء والثمر قائم ، فللزوجة نصف ذلك كله وللمرأة نصفه^(٨) .

(١) الغنة : هي الدَّخْلُ الذي يحصل من الزرع والتمر والبن والإجارة وانتاج ونحو ذلك .
اللسان ، مادة (عَلَّ) .

(٢) أي تغير سعره .

(٣)، (٤) انظر : المدونة ٢/٢٣٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٧ .

(٥)، (٦) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٢٧ ، تهذيب المدونة ص ٨٧ .

(٧) في أ ، ب "واو" بدل "أو" .

(٨) كالحيوان أو الرقيق الذي نما ، أو توالد كما تقدم .

انظر : المدونة ٢/٢٢٧ .

قال ابن القاسم : وما استهلك أحدهما من الثمر ضمن حصة صاحبه من ذلك ، وما سقى أحدهما في ذلك كان له بقدر علاجه وعمله .
وكذلك إن نكحها بعبدٍ بعينه فلم يدفعه إليها حتى اغتله ثم طلقها قبل البناء فالغلة بينهما أيضا .

وكذلك إن نكحها بأمةٍ بعينها فولدت الأمة عند الزوج أو عندها ، أو اكتسبت مالا ، أو وهب لها ، أو تصدق به^(١) عليها فذلك كله - إن طلقت قبل البناء - بينهما .

وكذلك ما غلّ أو تناسل من إبلٍ أو بقرةٍ أو غنمٍ أو من جميع الحيوان ، أو المهر من شجرٍ أو نخلٍ أو كرمٍ فذلك كله بينهما .

ومن استهلك من ذلك شيئا ضمن حصة صاحبه منه ، إلا أنه يقضي لمن أنفق منهما بنفقته التي أنفقها فيه ، ثم يكون له نصف ما بقي^{(٢) (٣)} .

وقد قيل : إن كل غلةٍ أو ثمرةٍ للمرأة خاصة بضمانها ، كانت في يدها^(٤) أو في يد الزوج^(٥) .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم^(٦) قوله عليه الصلاة والسلام : "الخَرَاجُ بالضَّمان"^(٧) ، فلما كان ضمان هذه الأشياء قبل البناء منهما كانت الغلة بينهما ،

(١) "به" ليست في ز .

(٢) في ز "نصفها" .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢٢٧/٢ ، ٢٢٩ .

(٤) في أ ، ب "مالها" .

(٥) انظر : تهذيب المدونة ص ٨٧ .

(٦) وهو أن زيادة الصداق بينهما .

(٧) أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع والإجازات ، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به

عبداً ٧٧٧/٣ ، ٧٧٨ ، رقم (٣٥٠٨) ، والترمذي ، كتاب البيوع ، باب ما جاء فيمن يشتري

العبد ويستغله ثم يجد به عبداً ٥٨١/٣ ، رقم (١٢٨٥) ، والنسائي ، كتاب البيوع ، باب

الخارج بالضمان ١٨٢/٧ ، ١٨٣ ، رقم (٤٤٩٠) ، وابن ماجه ، كتاب التجارات ، باب الخراج

بالضمان ٧٥٤/٢ ، رقم (٢٢٤٢ ، ٢٢٤٣) ، والحاكم ، كتاب البيوع ١٩ ، ١٨/٢ ، رقم

(٢١٧٦ - ٢١٨١) وصححه ، ووافقه الذهبي .

وقال الترمذي : حسن صحيح غريب .

وهذا بين^(١) .

ووجه قول غيره : لما كان أن^(٢) لو هلكت هذه الأشياء قبل البناء كان للزوج أن يدخل ولا شيء عليه صحَّ أن ضمانها من الزوجة ، فوجب أن تكون غلتها لها .

قال الشيخ : وقول / ابن القاسم أصح ، لأن ملك الزوجة للصدّاق ملكٌ غير مستقرٍّ قبل البناء ، فإذا وقع البناء صحَّ ملكها له ، ووجب عليه ضمانه ، ولها غلته ، فإذا طلق الزوج قبل البناء صحَّ ملكها لنفسه ، وملكه لنفسه ، فوجب أن تكون الغلة بينهما .

قال ابن المواز : وقد قيل : الغلة والنفقة على المرأة ، وأحب إلينا أن تكون النفقة من الغلة ، فإن لم تكن غلةً فلانفقة على الزوجة .

قال : وما اغتلت فهل يدها من غير سببها لم تضمنه ، وهي فيه مصدقةٌ مع عيبتها إن أخذت في الغلة حيواناً ، ولا تصدق في هلاك العين إلا بينة .
وأما الزوج فهو ضامن لما اغتَلَ من عينٍ وغيره^(٣)^(٤) ، لأنه متعلِّق فيما يستغلُّ وفي حبسه^(٥) .

قال الشيخ : ولأن للمرأة استعمال المعين ، لأن ضمانه^(٦) منها ، سواء طلبت الزوج بالدخول أم لا ، وسواء كان الزوج صغيراً أو كبيراً ، قاله ابن حبيب .
ابن المواز : وماقرّة^(٧) أو غما في يده فلا رجوع لمن أنفق عليه منهما بما أنفق إلا من غلةٍ إن كانت لاتعدوها ، وكذلك لو داوى مريضاً به .

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ١/١٦ .

(٢) "أن" ليست في ز .

(٣) في ز زيادة "من" .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٤٤ ب .

(٥) في أ ، ب زيادة "هو" .

(٦) أي أَشْرَ وَطَر . انظر : اللسان ، مادة (فره) .

قال ابن القاسم : ولو أنفقت على العبد في تعليم صنعة نفقة عظيمة فلا رجوع لها بشيء من ذلك .
وكذلك قال مالك في رده بعيب في البيع ، وكذلك ما أنفقت في أدب الجارية وتعليمها الأدب والرقم^(١) ، وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم في العتية^(٢) .
قال الشيخ : يدل قوله^(٣) ، لو أنفقت عليه في مطعم وملبس رجعت بذلك لأن بذلك قوامه وحياته .
وقال ابن حبيب : لا ترجع بذلك^(٤) ، وهو بخلاف^(٥) .

-
- (١) الرقم : التزيين ، ومنه قوله تعالى : ﴿ كَلَّا إِنَّ كِتَابَ الْإِنسَانِ لَفِي عِلَيْنَ . وَمَا أَدْرَاكَ مَا عِلْيُونَ كِتَابٌ مَرْقُومٌ يَشْهَدُهُ الْمُقَرَّبُونَ ﴾ . سورة المطففين : الآيات ١٨-٢١ .
يقال : رقمت الثوب ، إذا تممته . انظر : غرر المقالة ص ٢٧٠ .
- (٢) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٤٤/ب .
- (٣) أي قول ابن القاسم من عدم رجوع المرأة بما أنفقت على صداقها مما ليس به قوام حياته كتعليمه صنعة ونحو ذلك .
- (٤) أي بما أنفقت عليه مما به قوام حياته .
- (٥) أي أن قول ابن حبيب بخلاف قول ابن القاسم من أن المرأة ترجع بذلك ، قال عبيد الحق : لأن الزوج قد رجع إليه نصف ذلك بما وقع من الطلاق في الوجهين فلم لا ترجع عليه بنصف ما أنفقت على الحيوان كما ترجع في الثمرة؟
تهذيب الطالب ل ١٦/ب .

فصل [٢ — في جنابة الصداق]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً بعبدٍ فحُني عليه جنابةً ثم طلقها قبل البناء فأرش ذلك بينهما ، ولو حنى العبد وهو في يد المرأة فدفعته بالجنابة ثم طلقها بعد ذلك فلا شيء للزوج في العبد ، ولا على المرأة إلا أن يُحايي^(١) في الدفع فلا يجوز محاباتها على الزوج في نصفه إلا برضاه ، وإنما يجوز إذا دفعته على وجه النظر^(٢) .

قال ابن المواز : وإذا حابت على الزوج^(٣) كان الزوج على خياره في نصفه ، إن شاء أجاز ذلك ، وإن شاء غرم نصف الجنابة وكان له نصف العبد ، فإن مات العبد قبل خياره رجع عليها بما زادت نصف قيمته على نصف الأرض^(٤) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن كانت المرأة قد فدتته - يريد قبل الطلاق لم يأخذ الزوج منها نصفه ، إلا أن يدفع إليها نصف ما فدتته به^(٥) .
ابن المواز : وإن حابت^(٦) .

قال أبو محمد : يريد إلا أن تعطي^(٧) أكثر من الأرض^(٨) .

قال الشيخ : يريد لأنها إذا فدتته بالأرض وإن كان أكثر من قيمته لم يكن للزوج حجة ، لأنها لو أسلمته في الأرض لم يكن للزوج أن يأخذ نصفه إلا بدفع نصف الأرض ، وذلك لها عليه إذا فدتته به^(٩) فلم تدخل عليه ضرراً .

(١) أي يسلمح ، مشتق من حباها محابة أي ساعه . انظر : المصباح المنير ص ١٢٠ .

(٢) انظر : للمدونة ٢/٢٢٩ ، ٢٣٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٧ .

(٣) "على الزوج" ليست في ز .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ١٧/أ .

(٥) انظر : للمدونة ٢/٢٣٠ ، تهذيب للمدونة ص ٨٧ .

(٦) تهذيب الطالب ل ١٦/ب .

(٧) في ز "إلا أن يكون" .

(٨) المصدر نفسه ل ١٦/ب .

(٩) "به" ليست في أ ، ب .

فأما إن باعته وحابت^(١) في بيعه فإنه يرجع عليها بنصف المحاباة ، والفرق أنه في البيع لا يستطيع الرجوع في نصفه ، لأنها باعته في وقت كان لها البيع جائزاً ، وقد أتلفت عليه بعض ثمن نصفه ، فوجب له الرجوع به ، وفي^(٢) الجناية لم تلتف عليه شيئاً ، لأنه على خياره في نصفه ، وليس عليها واجب أن تقتديه ، فتكون قد أتلفت عليه شيئاً ، لأن المحني عليه استحق رقبته ، إلا أن تقتديه بالأرض ، واقتداؤه كاشترائه ، وليس واجب عليها أن تشتريه ، فلا تتكلف إخراج ثمنه ، وقد فُرق فيه بغير هذا ، وهذا أبين .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو جنى العبد وهو بيد الزوج - يريد قبل الطلاق - فليس للزوج دفعه ، وإنما ذلك للمرأة ، فإن طلقها قبل أن تدفعه وهو عنده أو عندها كان بمنزلتها في نصفه^(٣) . /

ب/٧٦٦

(١) المحاباة في البيع : هي البيع ببلون من الثل . انظر : تنبيه الطالب ص ١٦١ .

(٢) في أ ، ب "أو" بدل الواو .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٣٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٧ .

[الباب السابع]
في الصداق يستحق أو بعضه ، وزيادة الزوج فيه
وتزويجه بمن يعتق عليها

[فصل ١ — في الصداق إن استحق كله أو بعضه]

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة على عبدٍ بعينه ، أو أمةً بعينها ، أو دارٍ بعينها فاستحق بعض ذلك ، فإن كان الذي استحق من الدار فيه ضررٌ ، كان لها أن ترد بقيتها وتأخذ قيمتها ، أو تحبس مابقي وترجع بقيمة مااستحق ، فإن استحق منها مثل البيت أو الشيء التافه الذي لا ضرر فيه رجعت بقيمته فقط ، وكذلك العروس .

وأما مااستحق من العبد أو الأمة من جزءٍ قلٍّ أو كثيرٍ فهي مخيرةٌ في^(١) أن ترد بقيته وترجع بقيمة جميعه ، أو تحبس مابقي منه وترجع بقيمة مااستحق^(٢) .

وكذلك قال مالك في البيوع : إذا استحق من الدار أو النخل أو الأرضين الشيء التافه الذي لا ضرر فيه ، لزم المشتري البيع ورجع بثمن مااستحق ، وإن استحق من ذلك مافيه ضررٌ - يعني عن الأجزاء - خیر المبتاع بين أن يحبس مابقي ويرجع بثمن^(٣) مااستحق ، أو يرد مابقي ويرجع بجميع الثمن .

وأما إن استحق جزءٌ يسيرٌ من عبدٍ أو أمةٍ فللمبتاع أن يحبس مابقي ويرجع بثمن مااستحق ، أو يرد مابقي ويأخذ جميع الثمن لضرر الشركة في العبد من منع السفر به ، ومن الوطء في الأمة بخلاف الدار^(٤) .

(١) "في" ليست في ز .

(٢) المصدر نفسه ص ٨٨ .

(٣) في أ ، ب "بالثمن" .

(٤) انظر : للمروة ٢٣١/٢ .

قال الشيخ : وأما لو استُحق من الدار بيتٌ أو ناحيةٌ بعينها وذلك يضر به في صفقته ، فيفترق الحكم فيه في النكاح من البيوع عند ابن القاسم .
أما في البيوع فليس له أن يحبس ماسلم بحصته من الثمن ، لأن حصة ذلك مجهولة لا تعلم إلا بعد التقويم ، وهو قد وجب له الرد فصار الرضى بأخذه بحصته من الثمن ^(١) بيعاً مؤتلفاً بثمن مجهول .

وأما إذا استُحق جزءٌ شائعٌ كالنصف أو الثلث فحصة ذلك معلومة ، وفي النكاح يجوز الرضى بما بقي ، كان المستحق جزءاً شائعاً أو معيناً ، لأنه إنما يرجع في الوجهين بقيمة ما استحق كما لو استحققت الدار كلها ، فإنما يرجع بقيمتها ولا يفسخ النكاح .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن تزوجها على عروض أو رقيق لها عدد فاستحق منها شيءٌ فمحمله محمل البيوع ، لأن مالكا قال : أشبه شيءٌ بالبيوع النكاح ^(٢) .

قال الشيخ : وهذه أيضا مثل الأولى ^(٣) ، إنما يستوي البيوع والنكاح إذا استحق من ذلك جزءٌ شائع .

فأما إن استحق شيءٌ معينٌ وهو كثيرٌ مما يضرُّ به في صفقته ، ويوجب له رد جميع الصفقة ، فيفترق البيوع من النكاح .

ففي البيوع لا يجوز له الرضى بما بقي ، لأن حصته مجهولة ، وفي النكاح يجوز لأنه في البعض وفي الجميع إنما يرجع بقيمة ما استُحق ^(٤) .

ومن كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم فيمن تزوج بمالٍ فاستحق بعينه : فالنكاح ثابتٌ ، وإن بنى لم يمنع منها ، واتبعته بمثله إن كان مما يُقضى بمثله ، أو

(١) "من الثمن" ليست في ز .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢٣٢/٢ .

(٣) أي مثل المسألة التي تقدمت أول الباب وهي : من نكح امرأة على عبد بعينه أو دار بعينه فاستحق بعض ذلك .

(٤) وقد تقدمت هذه المسألة قريبا .

بقيمته إن كان مما يقوم ، وإن كان لم يدخل تلوم^(١) له السلطان فإن جاء به وإلا فرق بينهما .

قال أصبغ : وأرى إن كان قد دخل فاستحق الجميع أن يمنع منها حتى يدفع ولو ربع دينار ، أو يكون قد بقي منه لم يستحق ربع دينار فلا يمنع ، وتتبعه بما بقي^(٢) .

ابن المواز : ولو استعار شيئاً أو سرقه فتزوج به لجيل بينه وبين امرأته وإن^(٣) دخل حتى يدفع إليها جميع مهرها ، كالمكاتب يقاطع سيده بشيء سرقه .

- قال الشيخ : ولو كان شيئاً تقدمت له فيه شبهة ملك ، وقد بنى فاستحق اتبعته به ، كالمكاتب يقاطع سيده به .

وإن لم ين تلوم له السلطان ، فإن جاء به وإلا فرق بينهما ، وكذلك / في [١/٧٧] كتاب ابن المواز^(٤) .

وقال أشهب عن مالك فيمن تزوج بعبد بعينه ودخل بها فاعترف أنه^(٥) مسروق أو استعاره ، فإنه يحال بينه وبينها حتى يدفع إليها مهرها ، وقاله أشهب^(٦) .

قال : ولو تزوج بعبد ولده الصغير فلا سييل لأحد عليه ، والمرأة أحق به قرَّب ذلك أو بعد ، موسراً كان الأب أو معدماً ، ويتبع به في ذمته ، وقاله مالك ، وذلك كشرائه ذلك لنفسه ، وكجواز^(٧) عتق رقيقهم عن نفسه ، فهو كأنه اشتراه لنفسه وأعتقه ، أو تزوج به .

قيل : فلم كان إذا أعتقه عن نفسه يرد في عذمه ، ولا يرد إذا أصدق امرأته وهو عديم؟

(١) التلوم : هو الانتظار . انظر : معجم لغة الفقهاء ص ١٤٥ .

(٢) انظر : النوازل والزيادات ل ٢٣٨/ب .

(٣) في أ ، ب "فإن" .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل ٢٣٨/أ .

(٥) "أنه" ليست في ز .

(٦) قال ابن رشد : قوله : حتى يعطيها مهرها ، يريد : صداق مثلها وهو الصحيح في القياس .

انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٣٦٧/٤ .

(٧) في أ ، ب زيادة "إن" .

قال : لأن من أعتق وهو عديم وعليه دين رد عتقه للدين ، وهذا قد صار لولده عليه دين وهو منهم ، فلذلك رددت عتقه إلا أن يطول أمرهم ، وأما المرأة فكأنه باعهم منها ، وقد اشتراهم لنفسه من نفسه ، فخرجوا من يده بالبيع ، فليس ينقص على الغريم بيعه وشرأؤه كما ينقص عليه عتقه .

ومن العتية : قيل : فمن نكح بمال حرام أخاف أن يضارع الزنا؟ قال^(١) : إي والله ، ولكن لأقول به .

قال سحنون : ومن تزوج بعد اغتصبه فالتكاح ثابت وعليه قيمته ، بخلاف الحر يتزوج به ، إذ لاضمان عليه في الحر ، ويضمن العبد الغصب ، ولو كانت الزوجة عالة بغصبه فسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل .

وقد روى أصبغ عن ابن القاسم فيمن نكح بعد لغيره أو بجر ، فلا يفسخ ذلك بمال^(٢) ، تعمّد ذلك بمعرفته^(٣) أو لم يتعمّد .

قال أصبغ : وكذلك لو علمت هي بحرية الحر ولم يعلم هو إلا أن يعلمها جميعاً فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل^(٤) .

فصل ٢ — في زيادة الزوج في الصداق

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة على صداق مسمى ثم زادها فيه بعد ذلك طوعاً فلم تقبضه حتى مات ، أو طلق قبل البناء ، فلها نصف الزيادة إن طلق ، وإن مات لم تأخذ منه شيئاً ، لأنها عطية لم تقبض^(٥) .

(١) أي مالك .

(٢) أي سواء بنى أو لم ين .

(٣) "بمعرفته" ليست في أ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٤/٤٤٤، ٣٧٠ .

(٥) انظر : للمدونة ٢/٢٣٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٨ .

قال عبد الوهاب : وقال شيخنا أبو بكر الأبهري^(١) وغيره من أصحابنا : القياس أن تجب لها الزيادة بالموت ، لأنه لا يخلو أن تكون الزيادة حكمها حكم المهر أو حكم الهبة التي لا تستقر إلا بالقبض ، فإن كانت كالمهر وجب استحقاقها بالموت وإن كانت كالهبة وجب ألا يجب لها نصفها بالطلاق قبل^(٢) الدخول ، لتأخير القبض ، فلما وجب نصفها بالطلاق دل على أنها في حكم الصداق^(٣) .

قال الشيخ : ولأنها لو كانت كالهبة لم يثبتها الدخول ، لأن الهبات لا تستقر إلا بالقبض ، وإنما هي كالهبة بعد البيع للبيع ، حكمها حكم الثمن أنها وإن قبضت ثم ردت السلعة بعيب فإنها ترد مع الثمن ، ولو كانت هبة خالصة لم ترد ، لأنها قد قبضت ، فكذلك الزيادة في الصداق يجب أن يكون حكمها حكم الصداق^(٤) .

فصل [٣ - في نكاح المرأة بمن يعتق عليها]

ومن المدونة : قال مالك : ومن نكح امرأة على أبيها أو من يعتق عليها عتق عليها بالعقد ، فإن طلقها الزوج قبل البناء رجع عليها بنصف قيمته .

(١) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد التميمي الأبهري ، فقيه ، عالم ، ثقة ، محدث ، مشهور ، انتهت إليه الرئاسة في مذهب مالك ببغداد ، تفقه على القاضي أبي عمر محمد بن يوسف وابنه أبي الحسين ، وأخذ عن أبي الفرج وابن بكر وغيرهما ، له تأليف كثيرة منها : شرح المختصر الكبير والمختصر الصغير لابن عبد الحكم ، وكتاب الأصول ، وكتاب إجماع أهل المدينة ، وكتاب الأمالي ، توفي سنة ٣٧٥ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٤٦٦/٢ ، سير أعلام النبلاء ٤٠٦/١٢ ، الديباج ٢٠٦/٢ ، شجرة النور ص ٩١ .

(٢) في ز "وقبل" .

(٣) المعونة ٧٦٢/٢ .

(٤) فتستحق الزوجة نصفها إن طلقت قبل الدخول .

قال ابن القاسم : وبلغني عن مالك أنه استحس أن لا يرجع الزوج^(١) على المرأة^(٢) بشيء ، وقوله الأول أحب إلي ، أنه يرجع عليها بنصف قيمته ، كانت معسرة أو موسرة ، ولا يتبع العبد بشيء ، ولا يرد عتقه ، كقول مالك في معسر أعتق عبده فعلم غريمه فلم ينكر الغريم وسكت ، ثم أراد الغريم بعد ذلك رد العبد في الرق من أجل دينه فليس ذلك له .

قال ابن القاسم : والزواج حين أصدقها / إياه قد علم أنه ممن يعتق عليها ، [٧٧/ب] فلذلك لم أرده على العبد بشيء^(٣) .

قال عبد الملك في غير المدونة : وإنما عتق على الزوجة لأنها قبلته وهي تعلم أن عتقه لها لازم ، فهي كمن قالت لرجل : أصدقني عبداً بعينه علي أنه حر إذا ملكته ، فعليها نصف قيمته إذا طلقت قبل البناء ، وقد استحس مالك أن لا يرجع عليها بشيء^(٤) .

قال : لأنه أعطاها وهو يعلم أنه لا يثبت بيدها ولا طرفة عين ، فكأنه أعطاها على أن لا يرجع به إن طلق .

قال مالك : وإن لم يعلم به الزوج أنه ممن يعتق عليها إلا عند الطلاق فله أخذ نصفه ، ومعضي عتق نصفه ، إلا أن يشاء اتباعها بنصف قيمته ، فيمضي لها عتقه كله فذلك له^(٥) .

قال الشيخ : ولو أصدقها إياه عالماً بأنه ممن يعتق عليها وهي لا تعلم لعتق عليه ويغرم لها^(٦) قيمته كالمقارض يشتري أبا رب المال عالماً ، فإن طلق الزوج^(٧) قبل البناء فعليه نصف قيمته .

(١) "الزوج" ليست في ز .

(٢) "على المرأة" ليست في أ .

(٣) انظر : للمدونة ٢/٢٣٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٨ .

(٤) كما ذكر ابن القاسم ، وقد تقدم قريباً .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٣٧/ب .

(٦) "ها" ليست في أ ، ب .

(٧) "الزوج" ليست في ز .

ومن الواضحة : ومن نكح امرأة على أبيها أو من يعتق عليها وهي تعلمه أو لاتعلمه ، فإنه يعتق عليها ، بكرراً كانت أو ثيباً ، فإن طلقها قبل البناء رجع عليها بنصف قيمته يوم أصدقها إياه ، فإن لم يجد لها غيره فانتظر ، فإن كان علم هو يوم العقد أنه ممن يعتق عليها فليس له رد العتق ويتبعها بذلك ، وإن لم يعلم به إلا عند الطلاق فله أخذ نصفه ويمضي عتق نصفه إلا أن يشاء اتباعها بنصف قيمته فذلك له فيمضي عتقه كله ، وقاله [لي] ^(١) من كاشفت من أصحاب مالك ^(٢) .

قال الشيخ : قال بعض فقهاءنا : تأول بعض الناس في مسألة الكتاب إذا تزوجها بمن يعتق عليها ، إنما يصح ذلك في الثيب ، فأما في البكر فلا يجوز ذلك للولي ، لأنه يعتق عليها ، وذلك ضررٌ ، كما ^(٣) لا يجوز للوصي أن يشتري لمن يلي عليه من يعتق عليه ^(٤) .

قال الشيخ : وهذا خيرٌ من كلام ابن حبيب في البكر ^(٥) ، وقوله أيضاً : إن كانت الزوجة معسرةً فهـ ^(٦) أن يتبعها بنصف قيمته ، خلافٌ لقول ابن القاسم ^(٧) ، وهو كقول ابن المواز في أحد الشريكين يعتق حصته من عبدٍ وهو معسرٌ ، فللشريك أن يتبعه بنصف القيمة ديناً ، وهذا لا يقوله ابن القاسم ، وقيل غير هذا ، وهذا أحسن ^(٨) .

قال ابن الماجشون : فإن نكحها على أن يعتق لها أبيها فالنكاح مفسوخٌ ، وإن كان على أن يعتقه عنها فالولاء لها ولا شيء عليها ، لأنها لم تملكه ، وإن كان

(١) من النوادر .

(٢) انظر : المصدر نفسه لـ ٢٣٧/ب ، تهذيب الطالب لـ ١٧/أ .

(٣) "كما" ليست في أ ، ب .

(٤) انظر : المصدر نفسه لـ ١٧/أ .

(٥) فإنه لم يفرق بينها وبين الثيب في ذلك كما تقدم .

(٦) "فله" ليست في أ ، ب .

(٧) أي من عدم التفريق بين كونها معسرة أو موسرة كما تقدم .

(٨) انظر : المصدر نفسه لـ ١٧/أ .

على أن يعتقه عن نفسه فالولاء له ، ويفسخ النكاح قبل البناء ، ويثبت بعده ، ولها صداق المثل^(١) .

(١) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٣٧/ب ، تهذيب الطالب لـ ١٧/ب .

[الباب الثامن] في صداق الذمية ، والمجوسية تسلم وصداق الأمة والمرتدة والغارة

[فصل ١ — في صداق الذمية والمجوسية إن أسلمتا وصداق الأمة إن عتقت تحت عبد]

قال مالك : وإذا أسلمت الكتائية أو المجوسية ولم يسلم الزوج فهو فسخٌ بغير طلاق ، فإن لم ين بها فلا صداق لها نقداً ولا مؤخرًا ، فإن قبضته رده ، لأن الفرقة جاءت من قبلها ، ولو بنى بها كان لها جميع صداقها مقدّمه ومؤخره .
وكذلك الأمة تعتق تحت عبد فتختار نفسها ، فإن كان قد^(١) بنى بها أخذت جميع صداقها مقدّمه ومؤخره ، وإن لم ين بها فلا شيء لها من الصداق ، وإن كانت أخذت منه شيئاً رده ، وفرقة هذه تطليقة^(٢) .

[فصل ٢ — في صداق الأمة المبعضة]

قال مالك : وإذا كانت أمةً نصفها حرٌّ فصداقها / موقوفٌ بيدها كما لها ، [٧٨/أ] وليس لمن له فيها الرق أن يأخذ منه شيئاً ، ويولي عقد نكاحها من له فيها الرق برضاها^(٣) .
قال الشيخ : وهي كالأمة بين الشريكين فليس لأحد أن يأخذ شيئاً من مالها أو يزوجه إلا أن يجتمعا على ذلك ، وكذلك هذه^(٤) ، لأنها شريكةٌ لسيدتها في نفسها .

(١) "كان قد" ليست في ز .

(٢)، (٣) انظر : المدونة ٢/٢٣٢، ٢٣٣ ، تهذيب المدونة ص ٨٨ .

(٤) أي المبعضة .

وحكي عن بعض شيوخنا أنه قال : الفرق بين صداق هذه الأمة وبين أرض جراحها: أن ذلك بينها وبين السيد ، لأن ذلك لمن عضر هو بينها وبين السيد ، فوجب أن يكون ثمنه بينهما ، والصداق قد سماه الله نَحْلَةً^(١) ، والنَحْلَةُ كالجِبة^(٢) ، فكان ذلك موقوفاً بيدها كسائر مالها ، ولأن الصداق لمن يَضَع استباحه بإذن السيد والجرح استباحه بغير إذنه فوجب له ثمن حصته^(٣) ، والله أعلم .

فصل [٣ - في صداق الأمة إن ابتاعها سيدها]

قال مالك : ومن تزوج أمة ثم ابتاعها من سيدها قبل البناء فلا صداق لها ، وإن قبضه السيد رده ؛ لأن الفسخ من قبليه ، وإن ابتاعها بعد البناء فالصداق لسيدها البائع كما لها إلا أن يشترطه المبتاع .

قال : وإن ابتاعها غير الزوج فمهرها للسيد البائع ، إذ النكاح قائم^(٤) ينسب بها الزوج أم لا ، بمنزلة مالها إلا أن يشترطه المبتاع .

قال مالك : وإذا أعتقت أمة تحت عيدها بعد البناء وقد كان الزوج فرض لها - يريد واختارت نفسها أو المقام مع زوجها - فلها مهرها كما لها ، إلا أن يشترطه السيد فيكون له .

قال : وكذلك إن أعتقت قبل البناء ، وقد كان الزوج فرض لها قبل العتق فاختارت المقام مع الزوج فمهرها لها يتبعها إذا عتقت إلا أن يكون السيد أخذه قبل العتق ، أو اشترطه فيكون له^(٥) .

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نَحْلَةً﴾ . سورة النساء : آية ٤ .

(٢) قال أبو حيان : نَحْلَةٌ : هبة .

انظر : تحفة الأريب بما في القرآن من الغريب ، تأليف أبي حيان محمد بن يوسف بن علي الأندلسي ، تحقيق سمير المخبوب (بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ) ص ٢٩٨ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ١٩ / ١ .

(٤) "إذ النكاح قائم" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٣٣، ٢٣٤ ، تهذيب المدونة ص ٨٨ .

قال الشيخ : فهذا يدل على أن للسيد حبس صداقها ويتركها بلا جهاز .
وقال في كتاب الرهن من المختلطة : لا يحبس السيد صداق أمته ، ولكن
يجهزها به كالحره^(١) .

قال سحنون : وابن القاسم يرى أن للسيد انتزاع صداق^(٢) أمته ، ولست
أقوله ، وقد قال مالك : وليس للحره أن تقضي منه الدين إلا الشئ اليسير^(٣) .
وقيل : يحتمل أن يكون معنى ما في كتاب الرهن : أنه برآها مع زوجها بيتاً
فلزمه أن يجهزها بصداقها ، وهاهنا لم تبوأ معه بيتاً ، فليس على السيد أن يجهزها به
فجاز له انتزاعه ، والله أعلم^(٤) .

وروي عن سحنون : أنه يترك لها منه ثلاثة دراهم ، إذ ليس له أن يزوجه
بلا صداق^(٥) .

وروي أبو زيد في العتبية^(٦) عن ابن القاسم فيمن زوج أمته ففلس السيد قبل
البناء قباعها عليه السلطان فاشتراها زوجها أن الصداق للبائع^(٧) .

- قال الشيخ : يريد نصف الصداق ، لانفساخ التكاح بشراء الزوج لها -
قال : ولا يرجع به الزوج ، لأن السلطان هو الذي باعها ، بخلاف بيع
السيد^(٨) .

قال الشيخ : وعاب ذلك أبو عمران وضعفه وقال : قد اختلف قول ابن
القاسم في ذلك^(٩) .

(١) انظر : المبسوط ٣١٦/٥ ، تهذيب الطالب ل ١/١٩ .

(٢) "صداق" ليست في أ ، ب .

(٣) أي : وكذلك الأمة . انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥٥/٥ .

(٤) ، (٥) انظر : تهذيب الطالب ل ١/١٩ .

(٦) في أ "الشماتية" ، وهو خطأ .

(٧) وهو السيد .

(٨) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٣١/٥ .

(٩) انظر : تهذيب الطالب ل ١/١٩ .

وقد روى لنا الباجي^(١) مما أخرج في سماع عيسى أن لاشي للبائع من الصداق ، ويبيعه ويبيع السلطان سواء^(٢) .

وقد تأول بعض الناس أن معنى قوله في رواية أبي زيد : ليس للزوج رجوع على سيد الأمة بالصداق - يريد : لا يرجع به في ثمن الأمة فيحاص به غرماء سيدها لأن النكاح إنما انفسخ بعد عقد البيع ، فهو كدين طراً من معاملة حدثت^(٣) .
ومن النكاح^(٤) : قال / مالك : فإن اختارت هذه^(٥) نفسها قبل البناء فلا صداق لها ، وإن قبضه السيد رده ، فإن كان قد اشترطه بطل شرطه ، لأن القسح جاء من قبله .

[٧٨/ب

قال ابن القاسم : وأما التي زوجها سيدها بتفويض ثم أعتقها قبل البناء ، ثم فرض لها الزوج بعد العتق ، واختارت المقام معه ، فهذه يكون لها جميع ما فرض لها ولا سبيل للسيد عليه ، إذ لم يكن ذلك^(٦) بمال لها فيشرطه ، وإذا لو مات الزوج أو طلق قبل الفريضة لم يكن لها شيء ، فلما رضي الزوج بالفريضة قبل البناء كان شيئاً تطوّر به الزوج لم يكن وجب عليه في أصل النكاح .
قال مالك : ومن زوج أمته فله متعها من الزوج حتى يقبض صداقها .

(١) هو أبو محمد عبد الله بن محمد بن علي بن شريعة اللخمي ، المعروف بالباجي ، فقيه ، محدث ، عالم ، حافظ ، سمع من ابن كباية ، وأسلم بن عبد العزيز ، وأحمد بن خالد ، وابن مسرور ، وقاسم بن أصبغ وغيرهم ، إليه كانت الرحلة في وقته بإشبيلية ، وحدث نحواً من خمسين سنة ، وغلبت عليه الرواية والحديث ، توفي سنة ٣٧٨ هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٧٩/٢ ، شجرة النور ص ١٠٠ .

(٢)، (٣) انظر : تهذيب الطالب ل ١٩/١ .

(٤) أي ومن كتاب النكاح الثالث في المنة .

(٥) أي الأمة التي عتقت وهي تحت عبد .

(٦) "ذلك" ليست في أ ، ب .

ابن وهب : وقال "بَكْرٌ" (١) وغيره (٢) : وللسيد أخذ صداقها إلا قدر ما يستحل به فرجها (٣) ، وله أن يضع من مهرها لزوجها بغير إذنها .
ابن شهاب : هو كمالها ، وللسيد أخذها إذا احتاج إليه كما يأخذ مالها ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : "من باع عبداً وله مالٌ فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع" (٤) (٥) .

فصل [٤ — في صداق المجوسية تسلم]

قال مالك : وإذا أسلم أحد الزوجين المجوسيين بعد البناء ففرق بينهما ، فللمرأة صداقها المسمى كاملاً (١) .

فصل [٥ — في صداق المرتدة]

ابن القاسم : وكذلك المرتدة إذا بنى بها زوجها قبل أن تستتاب ، فلها صداقها المسمى (٧) .

(١) هو بكير بن عبد الله بن الأشج القرشي المدني ، مولى المسور بن عخرمة الزهري ، تابعي ، إمام ، ثقة ، حافظ ، كثير الحديث ، نزل مصر ، وهو أحد شيوخ الليث بن سعد ، توفي بالمدينة سنة ١٢٢ هـ ، وقيل ١٢٢ هـ .

انظر : الطبقات ٤١١/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٧٩/٦ ، شذرات الذهب ١٦٠/١ .

(٢) كحيي بن سعيد .

(٣) وقاله سحنون كما تقدم .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له عمر أو شرب في حائط ٨١/٣ ، ومسلم ، كتاب البيوع ، باب من باع نخلاً عليها ثم ١١٧٢/٣ رقم (١٥٤٣) .

(٥) انظر : المتن ٢٣٤/٢ ، تهذيب المتن ص ٨٨ .

(٦)، (٧) انظر : المتن ٢٣٥/٢ .

[فصل ٦ — في صداق من اشترط في نكاحها أن ماولدت فهو حر]

قال : وكذلك من زوج أمته وشرط أن ماولدت فهو حرٌ ، لم يقر هذا النكاح على حال ، ويكون لها إن دخل بها المسمى^(١) .

قال الشيخ : قال بعض فقهاءنا : وقيل : لها صداق المثل ، وهو أقيس ، وذلك أن الصداق وقع للبضع ولحرية الولد ، وما يخص كل واحد^(٢) من ذلك مجهول ، فهو كمن تزوج بصداق مجهول ، فوجب لذلك صداق المثل^(٣) .

قال الشيخ : ووجه الأخرى^(٤) : فلأن الصداق إنما وقع على البضع المتيقن ، والولد أمرٌ يكون أو لا يكون فلاحقٌ له .

ابن المواز عن مالك : إن نكح على هذا^(٥) فسخ قبل الدخول وبعده ، سواء زوّجها من حرٍّ أو عبده له أو لغيره ، ويكون الولد حرّاً ، وولاؤه لسيد الأمة الذي أعتقه^(٦) .

ابن حبيب : ولو شرط أول ولدٍ تلده حرّاً ، فإن عُثرَ على ذلك قبل الولد فسخ قبل البناء وبعده ، وإن لم يُنظر فيه حتى ولدت عتق الولد ، وثبت النكاح ، إذ لم يبق فيه شرط^(٧) .

(١) انظر : المصنوع نفسه ٢/٢٣٥ .

(٢) "كل واحد" ليست في أ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب لـ ١٩/ب .

(٤) وهو أن لها المسمى .

(٥) أي اشترط سيد الأمة أن ولدها حر .

(٦) انظر : النوادر والزيادات لـ ١/٢٦٠ .

(٧) انظر : للمصنوع نفسه لـ ٢٦٠/ب .

ابن المواز : ولو كانت اغتُصبت فزوّجها الغاصب من رجلٍ على أن ولدها منه حرٌّ ، فولدت ثم استحقها سيدها ، فليأخذها ولا حرية لهم .

- قال الشيخ : إذ لا ينعقد عليه ما شرط غيره في أمته - .

قال ابن القاسم في المستخرجة : وليس لأبيهم أن يعتقهم إلا أن يشاء السيد وللسيد أن يلزم ذلك الأب إذا أباه الأب^(١) .

قال يحيى بن عمر^(٢) : وهو بخلاف ولد الذي يتزوج الأمة على أنها حرة^(٣) .

قال الشيخ : والفرق بينهما : أن الأول شرط له حرية الولد غير مالكة ،

فلم يتم له شرطه ، ومتزوج الغارة إنما تزوج حرةً في ظنه ، وأن ولده منها حرٌّ من أصله ، لا شرط^(٤) فيه لأحد^(٥) ، فوجب بذلك حرّيته كولد المشتري للأمة

تستحق بملك ، لأنه إنما أولد أمته في ظنه ، وأن ولده منها حرٌّ من أصله ، فوجب

بذلك حرّيته / وبذلك قضى عمر بن الخطاب ، وألزم الأب قيمتهم لمولى الأمة

عبيداً يوم الحكم^(٦) ، إذ لا مبيع إلى رقهم ، وهذا بينٌ فاعلمه .

(١) انظر : تهذيب الطالب لـ ١٩٩/ب .

(٢) هو أبو زكريا يحيى بن عمر بن يوسف الكنانى الأندلسى ، إمامٌ ، فقيهٌ ، ثقةٌ ، عابدٌ ، كان حافظاً للقروع ، ضابطاً للكتب ، سمع من سحنون - وبه ثقته - وابن بكير والبرقي والدمياطي وأبى مصعب ، له مصنفاتٌ عديدةٌ منها : مختصر للمستخرجة ، كتاب الرؤية ، كتاب في أصول السنة ، كتاب الصراط ، كتاب الميزان ، توفي بموَسنة سنة ٢٨٩هـ .

انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص ١٨٤ ، معالم الإيمان ٢/٢٣٣ ، سير أعلام النبلاء ١١/٢٨ ، الديباج ٢/٣٥٤ ، شجرة النور ص ٧٣ .

(٣) أي يعتقون على أبيهم بالقيمة . انظر : المصدر نفسه لـ ١٩٩/ب .

(٤) في أ ، ب زيادة "له" .

(٥) في أ ، ب "ولأحد" .

(٦) سبق تخريجه ص ١٥٠ .

[فصل ٧ — في صداق الغارة]

ومن المدونة : ابن القاسم : والأمة تفرُّ من نفسها فتتزوج : فإنها سترد ما فضل عن صداق مثلها وتأخذ صداق المثل ، لأن ذلك حقٌ لسيدها ، فليس ما صنعت يُبطل ما وجب على الزوج للسيد من ^(١) حقه في وطنها ، والحرّة التي غرّت من نفسها فتزوجت في عدتها يكون لها قدر ما يستحل به فرجها ، لأنها هي الغارة فليس لها أن تجرّ إلى نفسها هذا الصداق بما غرّت ^(٢) . والله أعلم .

(١) في أ"ق" .

(٢) انظر: للمدونة ٢/٢٣٥، ٢٣٦ .

[الباب التاسع]

ما جاء في نكاح التفويض^(١)[فصل ١ - في جواز نكاح التفويض
وما يجب به الصداق فيه]

وقد أذن الله سبحانه في نكاح التفويض بقوله : ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ
النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُتَوَسِّعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ
قَدْرُهُ﴾^(٢).

قال مالك : فنكاح التفويض جائز ، وهو أن يقولوا : قد أنكحناك ،
ولا يسمون صداقاً ، فهو بالخيار إن شاء دفع مهر مثلها ودخل ، وإن شاء فارق ولم
يلزمه غير المتعة ، وهذه سنة نكاح التفويض ، فإن بنى بها فلها صداق مثلها وليس
كصداق أختها ، أو ذات رحم ، ولكن مثلها في مالها وجمالها وشبابها وحالها^(٣) في
زمانها^(٤).

ابن القاسم : وقد تكون واحدة لها مالٌ وجمالٌ وشطاط^(٥) ، وأختها لا مال
لها ولا جمال فليس صداقهما عند الناس سواء^(٦) ، وتشاح الناس فيهما سواء^(٧).

(١) التفويض لغة مصدر فَوَّضَ يفوضُ تفويضاً ، وفَوَّضَ إليه الأمر : صَيَّرَهُ إليه وجعله الحاكم فيه .
اللسان ، مادة (فَوَّضَ) .

وشرعاً : ما عقد دون تسمية مهر ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحد .
شرح حدود ابن عرفة ٢٥٦/١ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

(٣) "رحالها" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٣٨، ٢٣٦ .

(٥) الشَّطَّاطُ : هو الطول واعتدال القامة ، وقيل : حسن القوام ، يقال : جارية شَطَّاطَةٌ وشَطَّاطٌ أي
يَبِينَةُ الشَّطَّاطِ والشَّطَّاطُ . انظر : اللسان ، مادة (شَطَّطَ) .

(٦) "عند الناس سواء" ليست في أ ، ب .

(٧) انظر : المدونة ٢/٢٣٦ .

قال الشيخ : وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم : "تُتَزَوَّجُ المرأةُ لِمَالِهَا وجمالِها ودينِها"^(١) ، فدل أن^(٢) الاعتبار بهذا دون غيره .

قال مالك : ويُنظر في هذا إلى ناحية الرجل أيضاً ، فقد يُزَوَّجُ فقيرٌ لقربته ، وأجنبيٌّ لِماله ، فليس صداقها عند هذين سواء ، فيخفف عن القريب ويكمل على الأجنبي صداق المثل^(٣) .

قال مالك : ولا يجب صداق المثل في نكاح التفويض إلا بالبناء ، إذ لو مات الزوج قبل البناء والتسمية لم يكن لها صداق ولا متعةٌ ولها الميراث^(٤) .

قيل لِمالك في كتاب ابن المواز : فما جاء عن ابن مسعودٍ فيمن تزوج امرأةً فهلك عنها قبل أن يفرض لها وقبل أن يدخل عليها ، فأقام ابن مسعودٍ شهراً ينتظر فيها ، ثم قال : أرى لها صداق مثلها؟^(٥)

فقال : ليس عليه العمل ، وقد حدثني نافع عن عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت : أن لها الميراث ولا صداق لها^(٦) .

قال مالك : وبيان ذلك في كتاب الله تعالى حيث يقول : ﴿مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لهنَّ فَرِيضَةٌ﴾^(٧) ، فإذا طلقها فلم يكن لها فيه شيء ، فكذلك إذا مات عنها لم يكن لها شيء .

-
- (١) سبق تخريجه ص ٥ .
- (٢) في أ ، ب "قد كان" ، وهو تحريف .
- (٣) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٣٦ .
- (٤) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٣٨ ، تهذيب المنة ص ٨٨ .
- (٥) أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في الرجل يتزوج للمرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ٣/٤٥٠ رقم (١١٤٥) وقال : حسن صحيح .
- (٦) انظر : للموطأ ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في الصداق والحجاء ٢/٤١٧ رقم (١٠) .
- (٧) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

[فصل ٢ — في ماتستحقه المرأة إن نكحت بتفويض]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا طلق قبل البناء وقبل أن يتراضيا على صداق لم يكن لها غير المتعة^(١) .

ابن حبيب : ولا ينبغي أن يبي في التفويض ولا يخلو بها حتى يقدم ربع دينار فأكثر ، فإن تمسها ثم طلقها لزمه صداق المثل^(٢) .

ومن المدونة : وإذا أرادت الزوجة أن يفرض لها قبل البناء لم يكن له أن يدخل حتى يفرض لها صداق المثل إلا أن ترضى منه بدون ذلك ، فإن لم ترض إلا بصداق مثلها كان ذلك عليه ، فإن شاء أتم لها صداق مثلها أو طلق^(٣) .

قال مالك : وإن فرض لها بعد العقدة فريضة أقل من صداق مثلها فرضيت بها ، أو فرض لها صداق المثل فأكثر ثم طلقها قبل البناء كان لها نصف مسمى ، وإن مات الزوج كان لها جميع مسمى ، وإن مات هي كان ذلك عليه^(٤) .

ومن العتية : قال عيسى عن ابن القاسم فيمن تزوج بتفويض فبعث إلى أمها بشيء فسخطوه ، فقال : فإن لها صداق مثلها ، ثم إن طلق ولم يدخل فإن لها نصف صداق المثل^(٥) .

ومن كتاب محمد : قال ربيعة فيمن فُرض إليه^(٦) فبعث ثياباً ومتاعاً فأدخلت عليه ، ثم ماتت فليس لهم إلا ما أرسل إليها .

وقال يحيى بن سعيد : إذا كان الأب قد قبله وأدخلها^(٧) .

(١) انظر : للمدونة ٢/٢٣٨ .

(٢) النوادر والزيادات ل ٢٣١/ب .

(٣) في أ " وطلقها " .

(٤) انظر : للمدونة ٢/٢٣٦ .

(٥) العتية مع البيان والتحصيل ٤/٤٧٦ .

(٦) "إليه" ليست في أ ، ب .

(٧) النوادر والزيادات ل ٢٣٢/١ .

ابن المواز : وإذا تكح على أن لها نقد عشرين ديناراً ، أو على أنه مفوضٌ إليه في بقية مهرها ، ثم لم يرضوا^(١) بما فرض لها ولا بما زاد لأنه أقل من صداق مثلها حتى فارق قله أخذ العشرين ولا يلزمه شيء ، ولم يتعها ، وكذلك لو تزوجها على تفويض وعلى مالٍ دفعه إلى أبيها خاصة ، ثم طلق قبل البناء فعليه المتعة ، ويأخذ من الأب كل ما أعطاه^(٢) .

[فصل ٣ — في المريض ينكح بتفويض ثم يموت ، أو تموت المرأة]

ومن المدونة : قيل لمالك : فالرجل المفوض إليه يمرض فيفرض وهو مريض؟ فقال : لا فريضة لها إن مات من مرضه ذلك ، لأنها وصيةٌ لوارثٍ إلا أن يطأها في مرضه فيجوز ذلك ويكون لها مسمى من رأس ماله ، إلا أن يكون ذلك أكثر من صداق المثل فيود إلى صداق المثل^(٣) . قال الشيخ : يريد لأنها وصيةٌ لوارث ، لأن عقده كان في الصحة فهي وارثةٌ .

قال ابن المواز : قال مالك : إلا أن تكون ذميةً لآثرته فتكون لها الزيادة في ثلثه .

قال ابن المواز : ولو سمي للذمية أو للأمة في مرضه ولم يبن بها فذلك كله لها في ثلثه تحاص به أهل الوصايا .

وقال عبد الملك : لاشيء لهذه ، لأنه لم يسم لها إلا على المصاب .

قال ابن المواز : ولا يعجبنا ذلك .

قال أصبغ : وإن سمي للحرمة المسلمة في مرضه ، ثم ماتت هي^(٤) ، ثم صح هو بعدها لزمته التسمية لورثتها .

(١) "يرضوا" ليست في أ ، ب .

(٢) المصنر نفسه ل ٢٣١/ب ، ٢٣٢/ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٣٦، ٢٣٧ .

(٤) "هي" ليست في ز .

وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية^(١) .
وقال ابن المواز : لا يعجبني قول أصبغ^(٢) .

[فصل ٤ — في رضى الولي بما يفرض للمرأة وعدم رضاه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا زوج الثيب وليها ، ثم فرض لها الزوج أقل من صداق مثلها فرضيت هي بذلك ولم يرض الولي لزمها ذلك ، لأن الرضى في ذلك لها ، فلا قول لوليها .
قال : وإذا زوج البكر أبوها بتفويض ثم فرض لها الزوج بعد ذلك أقل من صداق مثلها فرضيت^(٣) ، لم يكن لها ذلك إلا أن يرضى الأب بذلك فيجوز ولا ينظر إلى رضاها مع الأب .
وإن زوجها غير الأب فرضيت بأقل من صداق مثلها لم يحجز ذلك لها ، وللزوج ، لأنه لا قضاء لها في مالها حتى تدخل بيتها ويعرف أنها مصلحة في مالها . ولا يجوز لأحد أن يعفو عن شيء من صداقها لا وصي ولا غيره إلا الأب وحده .

قال ابن القاسم : إلا أن يكون ذلك نظراً لها فيجوز إذا رضيت مثل أن يعسر الزوج فيسأل التخفيف ويخاف الولي الفراق ، ويرى أن مثله رغبة لها فيجوز ذلك ، وما كان على غير هذا لم يحجز وإن أجازته الولي .
ولو فرض الزوج صداق المثل لزم ذلك المرأة والولي ولا قول لمن أباه منهما .
قال مالك^(٤) : / وإن فرض الزوج بعد عقدة النكاح قبل المسيس أو بعده [٨٠] /
مارضيت به المرأة وهي ممن يجوز أمرها ، أو رضى به الولي وهي بكر والولي ممن

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤/٣٥٥ .

(٢) انظر : النوادر والزوائد ل ٢٣١/ب .

(٣) "فرضيت" ليست في أ ، ب .

(٤) هكذا في جميع النسخ ، ولعل الصواب "ابن القاسم" كما سيتضح قريباً من كلام المؤلف .

يجوز أمره عليها ، وهو الأب في ابنته البكر فذلك جائز ، ويكون صداقها هذا الذي تراضيا عليه ، ولا يكون لها صداق المثل .

قال غيره^(١) : إلا أن يدخل بها فلا تنقص المولى عليها بأب أو وصي من صداق مثلها^(٢) .

قال الشيخ : وقول الغير ليس بخلاف لابن القاسم ، وقول ابن القاسم : فلو فرض لها^(٣) الزوج بعد عقدة النكاح قبل المسيس أو بعده ، عائد على الثيب خاصة^(٤) ، ألا ترى أنه قال : أو رضي به الولي ، وهو الأب في ابنته البكر ، فقد بين أن المولى عليها بكر ، فلا تكون بكر ممسوسة ، فإنما أراد إذا فرض الزوج مارضيت به الثيب قبل الدخول فيكون ذلك من صداقها وإن كان أقل من صداق المثل .

قال الشيخ : وقد كان بعض مشايخنا يقول : معنى^(٥) قول ابن القاسم إذا فرض الزوج أكثر من صداق المثل ، ويرى أن قوله : قبل المسيس أو بعده ، عائد على الثيب والبكر ، وما ذكرته أبين ، وهو الذي أراد ابن القاسم وإن كان المعنى واحداً ، وبالله التوفيق .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا كان ولي البكر ممن لا يجوز أمره عليها فلا يجوز رضاه بأقل من صداق مثلها ، ولا يجوز ما وضعت للزوج بعد الطلاق قبل البناء من التصف الذي وجب لها ، وإنما يجوز ذلك للأب^(٦) وحده .

وقد قيل : إذا رضيت بأقل من صداق مثلها أو وضعت للزوج ما وجب لها بعد الطلاق جاز ذلك ، إذ لا يؤلى عليها ، وإنما لا يجوز ذلك لمن يؤلى عليها بوصي^(٧) ، وطرحه سحنون^(٨) .

(١) أي غير ابن القاسم .

(٢) انظر : للمدونة ٢/٢٣٧، ٢٣٨ ، تهذيب المدونة ص ٨٨ .

(٣) "لها" ليست في ز .

(٤) من هنا إلى آخر الباب ساقط من ز .

(٥) في ب زيادة "في" .

(٦) في أ ، ب زيادة "الذي" .

(٧) انظر : المصدر نفسه ص ٨٨ .

(٨) أي لم يذكره في المدونة .

[الباب العاشر]

في نكاح الموهوبة أو بغير صداق

[فصل ١ — في نكاح الموهوبة]

وقد منع الله سبحانه من النكاح بغير صداق فقال في النساء : ﴿فَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾^(١) ، وقال تعالى : ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾^(٢) ، وخصَّ الله^(٣) رسوله عليه الصلاة والسلام بالموهوبة بقوله : ﴿خَالِصَةً لِّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٤) .

قيل لابن القاسم : قَلِمَ أجزت نكاح التفويض ولم تجز الهبة إذا لم يسموا مع الهبة صداقا؟

قال : إنما الهبة عندنا كأنه قال : قد زوجتكها بلا صداق ، فهذا لا يصلح ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل^(٥) .

قال سحنون : وقد كان يقول : يفسخ وإن دخل^(٦) .

ابن المواز : وقاله أشهب وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ .

قال أصبغ : لأن فساده في البضع .

قال أشهب : ويكون لها إذا فسخ بعد^(٧) البناء ثلاثة دراهم ، وقال ابن وهب

وأصبغ : لها صداق المثل .

(١) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٢) "الله" ليست في ز .

(٤) سورة الأحزاب : آية ٥٠ .

(٥) (٦) انظر : الملتونة ٢٣٨/٢ .

(٧) "بعد" ليست في أ ، ب .

وقال ابن القاسم وعبد الملك : لا يفسخ إذا دخل ، ويكون لها صداق المثل ، وروي عن مالك^(١) .

ومن المدونة : ابن وهب عن يونس أنه سأل ابن شهاب عن امرأة وهبت نفسها لرجل ؟

فقال : لا تحل هذه الهبة ، لأن الله تعالى إنما خص بها نبيّه دون المؤمنين^(٢) ، فإن أصابها فعليهما العقوبة ، ولها الصداق من أجل ما يرى بهما من الجهالة ، ويفرق بينهما .

وقال ربيعة : يفرق بينهما^(٣) وتقاضي وهبت نفسها أو وهبها أهله / ٨٠١ ب فمفسها^(٤) (٥) .

وفي باب بعد هذا^(٦) قال ابن القاسم^(٧) عن مالك : ومن وهب ابنته وهي صغيرة لرجل لم يجز ذلك ، ولا تحل الهبة لأحد بعد النبي عليه الصلاة والسلام إلا أن تكون هبته إياها ليس على نكاح ، إنما وهبها له ليحضنها ويكفلها ، فلا بأس بذلك ولا قول لأئمتها إن فعل ذلك لحاجة أو فاقة^(٨) .

قال في المستخرجة عن مالك^(٩) : إذا كان ذا محرم وإلا فلا^(١٠) .

(١) النواحر والزيادات ل ٢٣١/أ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَأَمْرًاؤُا مُؤْمِنَةً إِن رَّهَبْتَ نَفْسَهَا لِجَبِيٍّ إِن آرَادَ النِّسَاءُ أَن يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ . سورة الأحزاب : آية ٥٠ .

(٣) "يفرق بينهما" ليست في أ ، ب .

(٤) "فمفسها" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢٣٨/٢ .

(٦) وهو باب (النكاح الذي لا يجوز وصدقه وطلقه وميراثه) من المدونة .

(٧) قال ابن القاسم "ليست في ز .

(٨) انظر : المصدر نفسه ٢٤١/٢ .

(٩) "عن مالك" ليست في ز .

(١٠) أي فلا يكفلها غير ذي رحمٍ منها ، انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٣٦١/٤ .

ومن المدونة : ابن القاسم^(١) : فإن وهبها له بصدائق مسمى وأراد بالهبة وجه النكاح جاز ذلك ، وقد قال مالك^(٢) فيمن وهب سلعة لرجل على أن يعطيه شيئاً مسمى أن ذلك بيع جائز ، فأرى الهبة بالصدائق مثل البيع ، وإنما يكره من ذلك الهبة بالصدائق^(٣) .

[فصل ٢ — في النكاح بغير صدائق]

قيل لابن القاسم : فإن قالوا : قد أنكحناك فلانة بالصدائق؟ قال : إن دخل بها ثبت النكاح وكان لها صدائق مثلها ، فإن لم يدخل بها فرق بينهما ، وهذا الذي استحسنت ، وقد بلغني ذلك عن مالك ، وقد قيل : يفسخ قبل البناء وبعده^(٤) .

(١) "ابن القاسم" ليست في أ ، ب .

(٢) "مالك" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٤٢ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٣٨ .

وقد تقدم ذكر هذين القولين أول الباب .

[الباب الحادي عشر] في نكاح التحكيم^(١)

[فصل ١ — في جواز نكاح التحكيم]

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة عسى حكمه أو على^(٢) حكمها أو على حكم فلان جاز النكاح ، فإن وقع الرضى بالحكم فيه قبل البناء وإلا فرق بينهما ولا شيء لها ، ويلزم المرأة النكاح إن فرض لها الزوج قبل البناء صدق المثل كالتفويض وقد كنت أكره هذا النكاح حتى بلغني أن مالكا أجازه على ما فسر لك ، وأخذت به وتركت رأيي فيه^(٣) .

قال سحنون : وقال غيره ما قال عبد الرحمن^(٤) أول قوله : لا يجوز ويفسخ ما لم يقف بالدخول ، لأنه خرج عن حد ما أخص فيه من التفويض^(٥) .
ابن المواز : وقال عبد الملك : أما على حكمها فالنكاح يقسخ ما لم يدخل ، وأما على حكمه فهو كالتفويض الجائز^(٦) .

قال الشيخ : فوجه الإجازة في الوجهين^(٧) : اعتباراً بنكاح التفويض ، ووجه الفسخ فيهما : فلأن التفويض رخصة ، فلا^(٨) يقاس عليها ، ووجه التفرقة :

-
- (١) نكاح التحكيم شرعاً : هو ما عقد على صرف قدر مهره لحكم حاكم .
شرح حدود ابن عرفة ٢٦٠/١ .
 - (٢) "على" ليست في ز .
 - (٣) انظر : المدونة ٢٤٢/٢ .
 - (٤) أي ابن القاسم .
 - (٥) انظر : المصدر نفسه ٢٤٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .
 - (٦) النوادر والزيادات ل ٢٣١/١ .
 - (٧) وهما كون النكاح عسى حكم الزوج أو على حكم الزوجة .
 - (٨) في أ ، ب "قلما" .

فلأن التفويض في فرض الصداق إنما هو للزوج ، لقوله تعالى : ﴿أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾^(١) فإذا رد الفرض إلى الزوجة لم يجوز ، لأنه خلاف النص .

[فصل ٢ — في الصداق في نكاح التحكيم]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن بنى بها^(٢) في نكاح التحكيم قضى لها بصداق المثل وثبت النكاح^(٣) .

ومن الواضحة^(٤) : روى ابن حبيب عن ابن القاسم فيمن تزوجها على حكمها فلم يرضها فلا يلزمها الرضى بصداق المثل إذا لم يبن بها ، وقاله أشهب .
وقال ابن عبد الحكم وأصبغ : أن ذلك كالتفويض للزوج ، إن فرض لها صداق المثل لزمها ، وإلا فرق بينهما ، وروي أيضاً عن ابن القاسم ، والأول أحب إلينا^(٥) .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم وأشهب على ما رواه ابن حبيب : فلأنها اشترطت أن يكون الحكم لها ، فلا يلزمها الرضا بحكم غيرها ، ولأن تعيقها الرضى بحكمها احترازاً من أن تنزح بما لم ترض به ، فلو كان ذلك يزمها مانعها اشترطها .

وجه قول ابن عبد الحكم وأصبغ ، وهي رواية المدونة^(٦) : قياساً على نكاح التفويض^(٧) .

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

(٢) "بها" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٤٣ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .

(٤) "ومن الواضحة" ليست في ز .

(٥) انظر : النواحر والزيادات ١/٢٣١ .

(٦) انظر : المدونة ٢/٢٤٢ .

(٧) يعلل أنه عقد سكت فيه عن العرض ليوقع فيما بعد .

انظر : المعونة ٢/٧٦٥ .

قال أبو محمد وغيره : وإذا تزوجها على حكمها ففرضت للزوج صداق المثل لم يلزم الزوج ذلك إلا أن يرضى ، بخلاف الزوج يفرض لها صدق المثل ، هذه يلزمها ذلك كواهب السلعة إذا أعطي قيمتها لزمه ، وليس يلزم الموهوب غرم قيمتها إلا برضاه أو قوتها^(١) عنده^(٢) .

قال الشيخ : وأما إن تزوجها على حكم فلان ، ففرض فلان صداق المثل فينبغي أن يلزمها ، لأنهما قد جعلاه حكمًا ، وفرضه صداق المثل عدل من الحكم .
/ وقد حكى عن أبي الحسن في قوله^(٣) : إذا تزوجها على حكم فلان ، معنى قوله : إذا رضي الزوج بذلك ، إنما ذلك إذا فرض لها فلان أكثر من صداق مثلها ، فأما إذا فرض لها^(٤) فلان^(٥) صداق المثل فلا كلام له^(٦) .
قال الشيخ : وهذا لا يختلف فيه .

(١) القَوَات في المبيع : هو تغيرُ المبيع بمعتبر فيه .

شرح حدود ابن عرفة ٣٧٦/١ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب لـ ١٩٠ ب .

(٣) أي قول ابن القاسم .

(٤) "لها" ليست في ز .

(٥) في أ ، ب زيادة "أكثر من صداق مثلها" .

(٦) انظر : المصدر نفسه لـ ١٩٠ ب .

[الباب الثاني عشر] في الدعوى في الصداق وفي دفعه

[فصل ١ — في الدعوى في الصداق]

قال ابن القاسم : أصل القضاء في تداعي الزوجين في الصداق قول النبي صلى الله عليه وسلم : "إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فالقول قول البائع والمبتاع بالخير"^(١) ، وفي حديث آخر : "فالقول قول البائع ، ويتحالفان ويتفاسخان"^(٢) ، والتداعي كله يرجع إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "البينة على المدعي وعلى من أنكروا اليمين"^(٣) ، وقوله : "شاهدك أو يمينه"^(٤) .

(١) أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع والإجازات ، باب إذا اختلف البيعان والمبيع فائم ٧٨١،٧٨٠/٣ رقم (٣٥١١) ، والترمذي ، كتاب البيوع ، باب ما جاء إذا اختلف البيعان ٥٧٠/٣ رقم (١٢٧٠) ، والنسائي ، كتاب البيوع ، باب اختلاف المتبايعين في الثمن ٢١٦/٧ رقم (٤٦٤٨) ، والحاكم ، كتاب البيوع ٥٢/٢ رقم (٢٢٩٣) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) هذا الحديث لم أشر عليه بهذا اللفظ ، وقد أخرجه سحنون في المدونة هو والذي قبله بدون إسناده ، وبنون لفظ (ويتفاسخان) ويشهد له الحديث السابق .

قل سحنون بعد ذكره هذين الحديثين : فكنلك المرأة وزوجها إذا اختلفا قبل الدخول فالقول قول المرأة لأنها بائعة لنفسها والزوج المبتاع ، وإن فات أمرها بالدخول فالقول قول الزوج لأنه قد فات أمرها بقبضه لها فهي مدعية وهو مقر لها بسين فالقول قوله . المدونة ٢٤١/٢ .

(٣) أخرجه الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ٦٢٦/٣ رقم (١٣٤١) ، والدارقطني ، باب الوكالة ، مخير الواحد بوجوب العمل ١٥٧/٤ رقم (٨) ، والبيهقي ، كتاب المروءة ، باب ما يستدل به على ترك تضعيف الغرامة ٤٨٤/٨ رقم (١٧٢٨٨) كلهم بلفظ : "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه" وصححه الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام ص ٢٩١ رقم (١٤٣٧) .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب الشهادات ، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والخدود ١٥٩/٣ ، ومسلم ، كتاب الإيمان ، باب وعيد من اقتطع حق مسلم يمين فاجرة بالنار ١٢٣/١ رقم (٢٢١) .

ابن القاسم : فإذا اختلف الزوجان في الصداق قبل البناء عن غير موتٍ ولاطلاق ، فادعت المرأة أكثر مما أقر به الزوج ، ونسي^(١) الشهود تسمية الصداق قال مالك^(٢) : فالقول قول المرأة - يريد مع يمينها .
قال ابن القاسم : لأنها بائنة لنفسها^(٣) .

قال مالك : ويخير الزوج في إتمام ما دعت ، وإلا حلف وسقط عنه ما دعت وفسخ النكاح ، ولا صداق لها .

قال مالك : وإن اختلفا في هذا بعد البناء ، فالقول قول الزوج مع يمينه^(٤) .
قال ابن القاسم : لأنها أمكنته من نفسها فصارت مدعيةً ، وهو مقر لها بدينٍ ، فالقول قوله مع يمينه^(٥) .

ابن المواز : قال مالك : ولا يقبل قول المرأة بعد البناء : أنها لم تقبض صداقها ويصدق الزوج مع يمينه .

وكذلك من قبض رهنه وقال : قضيتك الحق ، فهو مصدقٌ مع يمينه وقبضه الرهن كالشاهد ، لأنه الغالب والعرف بين الناس ، وقاله مالكٌ وأصحابه^(٦) .
ومن العتية : قال ابن القاسم : وإذا تحمّل لمرأة رجلٌ بالصداق فطلبت به بعد البناء ، وزعم الزوج والحميل أنها قبضته قبل البناء ، قال : يحلف الحميل ويصدق .

قال سحنون : ولو أخذت بالصداق رهنًا ثم بنى فهو كالحميل ، ويتم له الدخول ، وهو كالإبراء ، ويأخذ رهنه^(٧) .

(١) "ونسي" ليست في أ .

(٢) "قال مالك" ليست في ر .

(٣)،(٤)،(٥) انظر : المدونة ٢/٢٣٩، ٢٤٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٣٩/ب .

(٧) انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٤/٤٢١ ، النوادر والزيادات ل ٢٣٩/ب .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ومن زوج ابنته الصغرى على صداق أختها الكبرى ، فادعى الأب أنه مثنان ، وقال الزوج : إنه مئة ، فالقول قول الزوج ، ويحلف ، فإن نكل حلفت الجارية وقضي لها .

ابن المواز : وهذا بعد البناء ، وأما قبل البناء فيتحالفا ويفسخ النكاح . والأيمان بين الزوج والأب .

ويبدأ الأب باليمين فإن حلف لزم^(١) الزوج إلا أن يحلف فيبرأ ويفسخ ، كالوكيل في البيع هو يحلف دون رب السلعة وهي لم تقط ، لأن رب السلعة لم يل شيئاً ، وكذلك الجارية لم تعلم ، ولو علمت ماكان لها فيه حكم ولو كانت ثيباً حتى لا يتم الأمر إلا بها وعلمها^(٢) وحضورها ، فاليمين عليها ، وقاله أصبغ^(٣) .

ومن المدونة : وإن اختلفا في قلة الصداق وكثرته بعد الطلاق وقبل البناء فهي طالبة له ، فعليها البينة ، وهو مدعى عليه ، فالقول قوله فيما يقر به مع يمينه .

قال^(٤) : فإن نكل حلفت المرأة وأخذت ماتدعيه ، لأن مالكا قال : إذا ماتت الزوجة قبل البناء فادعى ورثتها تسمية صداق ، وادعى الزوج تفويضاً فالقول قوله مع يمينه . وله الميراث ، وعلى ورثة المرأة البينة على / مادعوا من التسمية^(٥) . [٨١/ب]

وفي كتاب محمد : ومن زوج ابنه الصغير من ابنة رجل صغيرة ، فمات الصبي . فطلب أبو الصبية المهر ، فقال أبو الصبي : لم أسم مهرأ ، وأن ذلك كان منك على الصصة لابني ، قال محمد : لا يصدق ، ولها مادعى أبوها إن كان صداق مثلها .

قال^(٦) مالك : ليس لها إلا الميراث ، [قال محمد]^(٧) : إذا حلف أبوه^(٨) .

(١) أي النكاح .

(٢) في ز "أو" بدل الواو .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٢٤٠ / أ .

(٤) أي ابن القاسم .

(٥) انظر : المدونة ٢٣٩ / ٢ ، ٢٤٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .

(٦) في أ ، ب زيادة "أو" .

(٧) من النوادر .

(٨) أي على أنه لم يسم مهرأ في نكاح ابنه .

قال أبو محمد : وذكرها^(١) في كتاب الشهادات ، ولم يذكر قول محمد : إن لها مادعي أبوها .

قال مالك : وإن كان لها شاهدٌ على تسمية المهر أخر ذلك حتى تبلغ اجارية فتحلف وتأخذ .

ابن المواز : بعد عین أبيه الآن^(٢) ، وهذا بخلاف مبايعته لها ، ويقيم شاهداً فيحلف الأب معه ، لأنه إن لم يحلف هاهنا لزمه غرم مانكل عنه ، لأنه أتفه ، إذ لم يتوثق ، ولأنه لا يبيع^(٣) إلا بشمن معلوم وبينه ، والنكاح على التفويض يجوز فلم يتعد ، وإنما عليه أن يشهد في أصل النكاح لافي تسمية الصداق .

وذلك عندي ما لم يدع أبوها التسمية مع الشاهد ، فإن ادعى هذا فقد ضيع في التوثق ، فإن شاءت بعد أن تكبر أن تنزم ذلك أبوها ، فيكون لأبيها أن يحلف ، ويأخذ من تركة الصبي ، وإلا غرم ذلك أبوها من ماله ، فإن شاءت أن تترك أبوها وتحلف مع شاهدها وتأخذ ذلك من مال زوجها بمنزلة مالو مات أبوها ، أو كمان معدما ، فإذا حلفت فالصداق على أبي الصبي إلا أن يكون للصبي يوم العقد مال فلاشيء على أبيه^(٤) .

قال ابن حبيب في اختلاف الزوجين قبل البناء : تحلف الثيب ، وإن كانت بكرًا حلف الأب ، ثم للزوج الرضى بذلك ، أو يحلف ويفسخ النكاح ، كان اختلافه في قلة الصداق أو كثرته أو في نوعه ، وأما بعد البناء فيحلف الزوج ، ويقيم زوجين إن احتصفا في العدد ، فإن كان في النوع تحالفا ، وردت الزوجة إلى صداق المثل ، إلا أن يرضى هو بما ذكرت أو ذكر الأب في البكر^(٥) .

وإنما كان يحلف الأب في صداق البكر ، لأنه كوكيل مفوض إليه ، وهو وليه دونها ، ولم يكن لها فيه رأي ولا أمر ، وكذلك قال ابن المواز : يحلف الأب في البكر .

(١) أي ابن المواز .

(٢) أي تأخذ بعد أن يحلف أبو الصبي على أنه لم يُسم في هذا النكاح مهرًا .

(٣) في أ ، ب "إن لم يبع" .

(٤) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٣٩/١ ، ب .

(٥) انظر : تهذيب الطالب لـ ١٧/ب .

قال الشيخ : ذكر عن أبي عمران إذا اختلف الزوجان في الصداق قبل البناء فتحالفا ، ثم أراد الزوج إتمام النكاح بما قالت المرأة ، أو أرادت ذلك المرأة بما قاله الزوج قبل الفسخ : أن النكاح تامٌ كالبيع ، ويجري ذلك على الاختلاف ابدي^(١) في البيع قال : وقد نصَّ على ذلك المغيرة : أنه إذا رضي أحدهما بما ذكرنا تم النكاح .

أبو عمران : يراعى في اختلافهما إذا أتى أحدهما بما يشبه والآخر بما لا يشبه .

وقيل : لا يراعى ذلك ، كما اختلف في ذلك في البيوع^(٢) .

قال سحنون في كتاب ابنه فيمن تزوج امرأة فادعى أنه تزوجها على أمها^(٣) وهي عاتمة بها ، وقالت المرأة : بل على أبي ، وهو مالك لأبويها ، وحفظت البينة العقد ، ولم تحفظ على أيهما عقد .

قال سحنون : الشهادة ساقطة ، فإن لم يدخل بها^(٤) تحالفا وفسخ النكاح ، ويلزمه عتق الأم ، لأنه أقر أنها حرة ، وكذلك إذا نكلا ، وإن كان قد دخل بها حلف أيضا ، وعتقت عليه الأم بإقراره ، فإن نكل حلفت المرأة وعتق الأب بقولها ، وعتقت عليه الأم بإقراره^(٥) .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : وهذا خلاف ما تقدم لابن حبيب إذا اختلفا في نوع الصداق بعد البناء أنهم يتحالفاً ويكون لها / صداق المثل^(٦) .

[٨٢/]

(١) "الذي" ليس في ز .

(٢) في أ ، ب زيادة "وقد نص على ذلك المغيرة أنه إذا رضي أحدهما بما ذكرنا تم النكاح" وهو تكرار لأنه تقدم قريباً .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ١٧/ب .

(٤) أي على أن المهر عتقه لأمها .

(٥) "بها" ليست في ز .

(٦) الترادف والزيادات ل ٢٤٠/ب .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ١٨/أ .

فصل [٢ - في الدعوى في دفع الصداق]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا قال الزوج بعد البناء : قد دفعت الصداق ، وأنكرت الزوجة فالقول قوله ، وإن لم يكن دخل بها فالقول قولها .
- قال الشيخ : وإنما ذلك لأن العرف عندهم ألا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق .

قال مالك : وليس يكتب الناس في الصداقات براءات ، ومن تكح على نقله وموَّجِّل فادعى بعد البناء أنه دفع الموجل ، وأكذبت الزوجة ، فإن بنى بها بعد الأجل صدق .

- قال الشيخ : لأن الأجل حلٌّ قبل دخوله فصار كمن تزوج بنقد ، والعرف فيه ألا يدخل حتى يدفعه ، ولأن الزوجة قد أمكنته من نفسها ، فلذلك كان القول قوله .

قال مالك : وإن بنى بها قبل الأجل فالقول قولها ، كان الموجل دنائير أو حيواناً مضموناً مع الأيمان فيما ذكرنا^(١) .

قال الشيخ : لأنه دخل والصداق متقرَّر في ذمته فلا يلزمه إلا البينة بدفعه ، وكذلك المهر الحال بالبناء القول قول المرأة أنها لم تقبضه ، وكان الزوج دخل قبل حلوله ، لأنه لا يجب إلا بعد الدخول .

قال بعض أصحابنا : وكذلك إن تزوجها بصداقٍ حال ، وكتبها به كتاباً ، فدخل الزوج ، وادعت المرأة أنه لم يدفع إليها شيئاً من صداقها ، وقامت عليه البينة^(٢) بذكر الحق أن القول قوله ، لأن العرف جارٍ بأخذ ذكر الحق منها بعد قبض حقها وأنها لا تسلمه إلا إذا استوفته ، فلذلك كان القول قولها .

ومن كتاب محمد : قال مالك : وإذا ادعت المرأة بعد دخولها أنه بقي لها من صداقها خدام ، أو غير ذلك ، وقال الزوج : قد دفعته ، فيحذف الزوج ويبرأ ، وليس يكتب الناس في الصداقات البراءات .

(١) انظر : المدونة ٢/٢٣٩، ٢٤٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .

(٢) "البينة" ليست في أ ، ب .

قال ابن المواز : لا يقبل قولها ، وما يدخل النساء إلا بعد القبض . ذلك هو المعروف والغالب ، إلا الخاص ، وإنما يحمل الأمر على الأغلب ، والدخول كالشهادة ، فإذا حلف برئ إلا ما لم يحل منه إلا بعد دخوله ، وكذلك الرهن إذا قبض المرتهن رهنه ثم قال : قد قضيتك ولم يصل إلى الرهن إلا بقضائي إليك^(١) حقت ، فيحلف ويبرأ ، وكان قبضه للرهن كالشاهد ، ولأنه الغالب من عمل الناس ، وهذا كله قول مالك وأصحابه^(٢) .

قال بعض أصحابنا : سألت أبا بكر بن عبد الرحمن عن تزوج امرأة وادعى أن وليها شرط في عقد النكاح لوليته شروطاً وعطايا سماها ، وأنكر الولي أن يكون شرط ذلك ، فطالبه باليمين على ذلك فنكل ، هل يحلف الزوج ويجب ذلك لها؟ وكيف يحلف في شيء يستحقه غيره؟

فقال : الذي عندي أنه إذا نكل الولي حلف الزوج ، ويرجع إلى صداق المثل ويرجع بما زادت التسمية على صداق المثل على وليها ، وتأخذ هي الصداق كاملاً مثل الولي يقر بالعيوب في وليته ، أنها تأخذ الصداق كاملاً ، ويرجع الزوج على من غره ، فكذاك هذا^(٣) .

قال الشيخ : والذي أرى إذا نكل الولي حلف الزوج واستحق ما شرط على الولي يكون ذلك للزوجة ، لأنه هو ولي معاملته ، فهو كالوكيل يدعي في معاملته شيئاً لموكله ، فتجب اليمين على المدعى عليه فينكل ، أن الوكيل يحلف ويستحق ذلك لمن وكّله .

وأما قول الشيخ^(٤) : يحلف الزوج ويرجع إلى صداق المثل ، أرأيت إذا كان / صداق المثل أكثر من التسمية أيزاد عليه لدعواه أو يذهب دعواه باطلاً ، هذا ليس بشيء .

(١) "إياك" مكانها يياض في أ .

(٢) انظر : الترادف والزيادات لـ ٢٣٩/ب .

(٣) انظر : تهذيب الطالب لـ ١٣/ب ، ١٤/أ .

(٤) أي أبي بكر بن عبد الرحمن .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا مات الزوج فادعت المرأة بعد موته أنها لم تقبض صداقها فلاشي لها إن كان قد دخل بها ، وإن لم يكن دخل بها فالقول قولها .

قال ابن القاسم : وكذلك إن مات الزوجان فتداعيا ورثتهما في دفع الصداق فلاقول لورثة المدخول بها ، وإن لم يدخل بها صدق ورثتها ، وإن قال ورثة الزوج في المدخول بها : قد دفعه لها ، أو قالوا : لاعسم لنا ، فلاشي عليهم ، فإن ادعى ورثة المرأة أن ورثة الزوج قد علموا أن الزوج لم يدفع الصداق ، حلفوا أنهم لا يعلمون أن الزوج لم يدفع الصداق ، ولا يمين على من كان منهم غائباً ، أو من يعلم أنه لاعلم عنده^(١) .

فصل [٣ - في دعوى الزوج أن المهر فيه سر وعلانية]

ومن كتاب محمد : وإذا ادعى الزوج أنهم أسروا من المهر دون ما أعلنوه ، لم يصدق إلا ببينة أو شاهد يحلف معه ، فإن شهدت بذلك بينة ، فقال الولي : كان ذلك كلاماً سراً وقد صرنا إلى غيره بعده وزوجناه عليه ، وقال الزوج : بل هو الأمر الأول ، والثاني سمعة ، قال : أحب إلي أن لو أشهدوا حين سموا المهر القليل أن هذا الذي أنكحوه به ، وإنما سمي في العلانية غيره ، فإن لم يكن هذا وأشكل الأمر فالقول قول الزوج مع يمينه حتى يعزم من السبب ما يعلم به أن الأول قد انقطع ، وأن على الثاني وقع النكاح ، وكذلك لو كان ذلك من الشيب بغير علم الولي .
ابن المواز : ولا يكون ذلك من أيها إلا برضاها .

قال مالك في^(٢) البكر : ذلك إلى الأب دونها ، فإن لم يكن أب فليس ذلك

(١) انظر : المدونة ٢/٢٤٠ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .

(٢) في ز " وفي " .

لها تماماً إلا بإذن وليها مع رضاها ، وقاله الليث^(١) .
 قال ابن حبيب : ولا يضر الشاهدين على السر أن تقع شهادتهما على
 العلانية ، لأنهما يقولان : على هذا أشهدنا أن يكون سراً كذا وفي العلانية كذا
 للسمعة ، ولم يختلف في هذا مالك وأصحابه^(٢) .
 وقد تقدم القول في مسألة من وهب ابنته بجميع وجوهها فأغنى عن
 إعادتها^(٣) .

-
- (١) هو أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي ، أصله فارسي أصبهاني ، إمام ، فقيه ،
 حافظ ، عالم الديار المصرية ، سمع عطاء بن أبي رباح ، وابن شهاب الزهري ، وابن أبي
 مليكة ، ونافعاً وحلقاً ، كان ثقة كثير الحديث ، صحيحه ، توفي سنة ١٧٥ هـ .
 انظر : الطبقات ٣٥٨/٧ ، سير أعلام النبلاء ٤٣٨/٧ ، شذرات الذهب ٥٨٢/١ .
- (٢) النوادر والزيادات ل ٢٤٠ ب ، ١/٢٤١ .
- (٣) انظر ص ٢٤٤ .

[الباب الثالث عشر] في صدق النكاح الفاسد وطلاقه وميراثه

قال ابن القاسم : كل مافسد من النكاح لصدقه كالنكاح بالآبق والشارد والثرمة التي لم يبد صلاحها ففسخ قبل البناء فلا صدق فيه ولا متعة ، وكذلك إن لم يفسخ حتى طلقها قبل البناء ولا متعة لها عليه ، ويترجم فيه الطلاق ، فلو طلقها فيه ثلاثاً لم تحل له إلا بعد زوج ، ولو مات أحدهما قبل البناء أو بعده توارث ، لأنه نكاح قد اختلف العلماء في فسخه وثباته ، وكذلك كل ما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، والتي تزوج بغير ولي مثل ذلك ، لأن مالكا وقف في فسخه بعد البناء^(١) .

قال سحنون : وقد كان قال لي^(٢) : كل نكاح كانا مغلوبين عسى فسخه فهو فسخ بغير طلاق ، ولا ميراث فيه ، ويرد فيه الخلع ، وترجع عليه الزوجة بما أخذ منها ، لأنه لا يأخذ ماها إلا بما يجوز به إرساله من يده ، وهو لم يرسل من يده إلا ما هي أملك به منه ، وقد بينا اختلاف قوله في هذا في النكاح الأول^(٣) .

وإذا تزوج العبد والمكاتب بغير إذن سيدهما فالسيد مخير في إجازته أو فسخه فإن فسخه بعد الدخول أخذ منها / جميع المهر ويترك لها ربع دينار ، فإن عتق اتبعته بالصدوق إن غرها بأنه حر ، إلا أن يفسخه عنه السيد قبل العتق ، فإن عتق قبل أن يعلم السيد بتزويجه ثبت النكاح^(٤) .

قال : وللمكاتب تزويج أمته على ابتغاء الفضل ، ويلي العقد غيره^(٥) .

وقد تقدم جميع^(٦) هذا في الكتاب^(٧)^(٨) .

(١) انظر : المدونة ٢/٢٤١، ٢٤٣، ٢٤٤ .

(٢) أي ابن القاسم .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٤٣، ٢٤٥ .

(٤)، (٥) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٤٥ .

(٦) "جميع" ليست في ز .

(٧) "في الكتاب" ليست في ز .

(٨) يريد كتاب النكاح الأول ، انظر ص ٨٠ .

[الباب الرابع عشر] في نكاح المريض والمريضة

[فصل ١ - في حكم نكاح المريض والمريضة]

قال أبو محمد وغيره : ولما منع الرسول عليه الصلاة والسلام المريض من الحكم في ثلثي ماله الموروث بما ينقص ورثته منه^(١) كان ممنوعاً أن يدخل عليهم وارثاً ، أو يخرج منهم وارثاً .

قال غيره^(٢) : فإن قيل : فيلزم على هذا ألا يستلحق ولدًا .

قيل له : ليس استلحاقه بإدخال وارث ، وإنما هذا إخباره عن وارثه متقدم على حال المرض لزمه الإقرار به ، وغرضه في مسألتنا أن يثبت له زوجة تزوجها في الصحة ، فيلزم وترث ، ولا يكون في ذلك إدخال وارث على ورثته^(٣) .

قال مالك : ولا يجوز نكاح المريض أو المريضة ، ويفسخ قبل البناء وبعده^(٤) .

ابن القاسم : فإن تزوجها ودخل بها وهي مريضة ثم ماتت كان لها الصداق ولا يرثها ، فإن صحت^(٥) ثبت النكاح ، وقاله مالك : وهو أحب^(٦) قوليه إلي . وقد

(١) لعنه يشير إلى حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه ، فقد قال : صادني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع من وجع أشفيت منه على الموت فقلت : يا رسول الله بلغني ماترى من الوجع ، وأنا ذو مال ، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة ، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال : "لا" ، قال : قلت : أفأتصدق بشطره؟ قال : "لا" ، الثلث ، وثلث كثير ، إنك إن تذر ورثك أغنياء خيرٌ من أن تذرهم عائلة يتكففون الناس . أخرجه البخاري ، كتاب الوصايا ، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا للناس ١٨٦/٣ .

ومسلم ، كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث ١٢٥٠/٣ رقم (١٦٢٨) .

(٢) وهو القاضي عبد الوهاب .

(٣) انظر : تهذيب الطالبي ١٨/ب .

(٤) انظر : المدونة ٢٤٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .

(٥) أي من مرضها .

(٦) في أ ، ب زيادة "في" .

كان يقول مرة : يفسخ ، ثم عرضته عليه فقال : انح ، والذي أرى^(١) إذا صحّا أن يثبت النكاح ، دخلاً أو لم يدخل ، ولها المسمى^(٢) .

قال الشيخ : قال بعض البغداديين : وهذا^(٣) مبني على أصل فساد ، هل هو في عقده ، أو لحق الورثة ؟

فإذا قلنا : إنه في العقد لم يصح الثبوت عليه ، وإن قلنا : إنه^(٤) لحق الورثة ، صح بعد زوال المرض لزوال حقوقهم منه كنكاح العبد بغير إذن سيده ، وهذا اعتلال عبد الملك^(٥) .

قال الشيخ : وقال ابن القاسم في نكاح المحرم : أنه يفسخ وإن حلّ من إحرامه^(٦) ، والفرق بينه وبين نكاح المريض إذا صح : أن نكاح المحرم إنما يفسخ لعلّة في نفسه وهو الإحرام ، وقد حرّمه النبي عليه الصلاة والسلام^(٧) ، ونكاح المريض إنما حرّم لعلّة في غيره ، وهو أن يدخل على الورثة وارثاً ، فإذا ارتفعت العلة لم يكن للورثة حصة في فسخ النكاح .

فإن قيل : ينبغي أن يمنع المريض من الوطء لئلا يدخل على الورثة زيادة وارث كما منع من التزويج .

قيل : التزويج قد أدخل وارثاً حقيقة ، والوطء قد يكون منه الولد وقد لا يكون ، فوجب أن لا يمنع حق واجب لأمر غير متيقّن ، هذا أصلهم ، وكذلك العلة في المكثري وزوجته إلى الحج أنه لا يمنع من الوطء لحجة احتمال أن تنفس فيجس عليها ، إذ ليس من كل وطء يكون الولد ، فلا يترك حق واجب لأمر يكون أو لا يكون .

(١) أي في نكاح المريض والمريضة .

(٢) انظر : المعونة ٢/٢٤٦ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .

(٣) أي الخلاف في ثبوت نكاح المريض والمريضة إن صحّا .

(٤) "إنه" ليست في ز .

(٥) انظر : المعونة ٢/٧٨٨ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ١/٢٦١ .

(٧) سبق تخريجه ص ٩٠ .

وقالوا في المُعْدَمَة : إنه لا يجوز لسيدھا وطوھا ، لأنه يطل الحَوْر^(١) ،
فمنعوه^(٢) الوطء لعل حالة متيقنة .

[فصل ٢ — في الصداق في نكاح المريض]

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج امرأة في مرضه ودخل بها^(٣) فرق
بينهما ، وكان صداقها في ثلثه مبدئاً على الوصايا والعنق ، ولاترثه ، وإن فسخ قبل
البناء فلا صداق لها ولا ميراث^(٤) .

قال في كتاب محمد : وإذا بنى المريض فلها المسمى في ثلثه — وإن زاد عسى
صداق المثل — مبدئاً على الوصايا بالعنق الواجب وغيره ، ويدخل فيما علم وفيما لم
يعلم . ولا يبدأ عليه [إلا]^(٥) المدير في الصحة .

وله قول : إنه مبدئاً على المدير^(٦) في الصحة^(٧) ، وليس بشيء^(٨) .

قال سحنون في كتاب الإقرار : إذا كان المسمى أكثر من صداق المثل لم
يكن / لها إلا صداق المثل في قول ابن القاسم فيكون ذلك مبدئاً على الوصايا
وعلى المدير في الصحة ، واختلف في الزائد ، فقيل : يسقط ، قاله ابن القاسم ،
وقيل : تحاص به الوصايا^(٩) .

(١) أخوَز مشتق من حَزَت الشيء أَخَوَرَهُ حَوْرًا وَجَيَازَةً : ضمته وجمعه ، وكل من ضَمَّ إلى نفسه شيئاً فقد حَازَه . انظر : المصباح المنير ص ١٥٦ .

(٢) في أ ، ب زيادة "في" .

(٣) "بها" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٤٦ .

(٥) "إلا" من النوادر .

(٦) في ز "نه يبدأ عليه المدير" .

(٧) "في الصحة" ليست في ز .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٦٢/أ .

(٩) انظر : المصدر نفسه ل ٢٦٢/ب .

قال الشيخ : وهذا أيضاً بناءً على الميراث ، فمن رأى أنهما لا يتوارثان رأى أن^(١) لها الزائد على صداق المثل ، إذ ليس فيه أكثر من أن تكون وصيةً لغير وارث ، ومن رأى أنها ترثه لم يعطها الزائد على صداق المثل^(٢) ، لأنه وصيةٌ لو ارث . واختلف في نكاحه^(٣) الأمة والكافرة ، فقال أبو مصعب^(٤) : يجوز ، لأنه لم يدخل وارثاً^(٥) ، وقال عبد الملك : لا يجوز ، لأن الأمة قد تعتق ، والكافرة قد تسم قبل الموت فتصيران^(٦) من أهل الميراث^(٧) . قال بعض البغداديين : وهذا القول أصح^(٨) .

قال الشيخ : والأول أولى^(٩) ، لأنه أوقع النكاح في حال لم يدخل به على الورثة ضرراً ، لأنهما غير وارثين ، وما يترقب من العتق أو الإسلام قد يكون أو لا يكون ، فلا يمنع أمرٌ واجبٌ له لأمرٍ قد يكون أو لا يكون ، هذا أصلهم . قال الشيخ : وإذا قوِّض إليه في نكاحه في مرضه فسمي لها ثم مات فلا شيء لها إلا أن يدخل بها فذلك في ثلثه وإن كان أضعاف صداق المثل مبدئاً على الوصايا وكذلك لو نكح بتسمية^(١٠) .

(١) "أن" ليست في ز .

(٢) "على صداق المثل" ليست في ز .

(٣) أي المريض .

(٤) هو أبو مصعب أحمد بن القاسم بن الحارث بن زُرارة القرشي الزهري المدني ، قاضي المدينة

وفقيها ، إمامٌ ، ثقةٌ ، ثبتٌ ، روى عن مالك الموطأ وغيره ، تفقه بالمغيرة وابن دينار ، له

مختصرٌ في قول مالك مشهور ، توفي بالمدينة سنة ٢٤٢ هـ وهو على القضاء .

انظر : ترتيب المدارك ١/٥١١ ، سير أعلام النبلاء ٩/٥٩٩ ، شجرة النور ص ٥٧ .

(٥) "وارثاً" ليست في أ .

(٦) في جميع النسخ "تصير" .

(٧) انظر : المعونة ٢/٧٨٨ .

(٨) انظر : تهذيب الطالب لـ ١٨/ب .

(٩) وهو قول أبي مصعب .

(١٠) المصدر نفسه لـ ١٨/ب .

وقال أصبغ : يُبْدَأُ قَدْرُ صَدَاقِ الْمَثَلِ وَالزَّائِدُ تَحَاصُّ بِهِ ^(١) .

قال ابن المواز : وأحب إلى قول عبد الملك : أن لها صداق المثل مبدئاً ، ويطل ما زاد عليه - يريد في التفويض في المرض - لأن الواجب لها بالوطء صداق المثل ، فما زاد فليس بوصية ، لأنه لم يرد به الوصية ، وأما التي تزوجها بتسمية فبتلك التسمية راضيت فلها جميعه في الثلث ، وهذا التفسير من غير رواية ابن أبي مطر ^(٢) ^(٣) عن ابن المواز ^(٤) .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران أنه قال : أجمع أصحابنا أن صداق المريض لا يكون في رأس المال ، قال : وذكر أبو الحسن عن المغيرة أنه قال : ذلك في رأس المال ، ولا أدري أين رآه . وقد رأيت في كتاب المغيرة : أنه من الثلث ، وجعل الشيخ أبو الحسن ربع دينار من رأس المال ، فعلى هذا تحاص أهل الدين بالربع دينار .

قال بعض فقهاءنا : وهو قول حسن ، إذ لا يستباح البضع بأقل من ربع دينار ، ويدل على صحته قوله في العبد يتزوج بغير إذن سيده ويدخل فيفسخه السيد : إنه يترك لها ربع دينار ، فإذا لم يكن للسيد في ذلك حجة فالورثة والمديان أحرى أن لا تكون لهم حجة ^(٥) .

(١) النوادر والزيادات لـ ٢٦٢/ب .

(٢) في ز "ابن مطرف" ، وهو خطأ .

(٣) هو أبو الحسن علي بن عبد الله بن أبي مطر الاسكندراني ، قاضي الاسكندرية ، إمام ، فقيه ، روى عن محمد بن المواز ومحمد بن عبد الله بن سيمون وغيرهما ، توفي سنة ٣٣٩ هـ .

انظر : الدياج ١٢٣/٢ ، شجرة النور ص ٨٠ .

(٤) النوادر والزيادات لـ ٢٦٢/ب .

(٥) انظر : تهذيب الطائ ١٨٠/أ .

[الباب الخامس عشر]

فَإِذَا أَرَادَ نِكَاحَ امْرَأَةٍ أَوْ شَرَاءَ أَمَةٍ فَزَعَمَ أَبُوهُ أَنَّهُ قَدْ وَطَّئَهَا
وَمَنْ أَدْخَلَتْ عَلَيْهِ غَيْرَ زَوْجَتِهِ ، وَهَلْ يَبْجُوا مَعَ الْأَمَةِ بَيْنًا
وَالْحَكْمُ فِي الْخَنَثِيِّ ، وَنِكَاحِ امْرَأَةٍ زَنَى بِهَا أَوْ قَذَفَهَا

[فصل ١ — فِيمَنْ أَرَادَ نِكَاحَ امْرَأَةٍ أَوْ شَرَاءَ أَمَةٍ
فَزَعَمَ أَبُوهُ أَنَّهُ قَدْ وَطَّئَهَا]

قال ابن القاسم : وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً ، أَوْ أَرَادَ شَرَاءَهَا ، أَوْ خَطَبَ امْرَأَةً
فَقَالَ لَهُ أَبُوهُ : قَدْ نَكَحْتَ الْحُرَّةَ وَوَطَّئْتَ الْأَمَةَ بِشَرَاءٍ ، وَأكْذَبَهُ الْإِبْنُ ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُ
الْأَبِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ فَاشْتِئَاءً قَبْلَ الشَّرَاءِ أَوْ النِّكَاحِ ، فَأَرَى لَهُ أَنْ يَنْتَزِعَهُ
عَنْهَا ، وَلَوْ فَعَلَ لَمْ أَقْضَ بِهِ عَلَيْهِ ، وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ : لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ فِي
الرِّضَاعِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ فَشَا وَغُرِفَ فِي الْأَهْلِينَ وَالْمَعَارِفِ وَالْجِيرَانِ ، فَأُحِبُّ إِلَيَّ أَنْ
لَا يَنْكَحَ ، وَيَتَوَرَّعَ .

قال ابن القاسم : فَشَهَادَةُ الْوَالِدِ فِي مَسَائِلِكَ مِثْلَ شَهَادَةِ امْرَأَةٍ فِي الرِّضَاعِ ،
وَكَذَلِكَ الْأُمُّ إِذَا لَمْ يَزَلْ يَسْمَعُونَهَا تَقُولُ : قَدْ أَرْضَعْتُ فَلَانَةَ ، فَلَمَّا كَبُرَتْ أَرَادَ^(١)
الْإِبْنُ تَزْوِيجَهَا ، فَلَا يَفْعَلُ ، وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ فِي الرِّضَاعِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ فَشَا
وُغُرِفَ ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ رَأَيْتُهَا جَائِزَةً^(٢) . /

[٨٤/]

[فصل ٢ — فِيمَنْ أَدْخَلَتْ عَلَيْهِ غَيْرَ زَوْجَتِهِ]

قال مالك : وَإِذَا تَزَوَّجَ أَخَوَانِ أُخْتَيْنِ فَأَخْطَى بِهِمَا ، فَأَدْخَلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا زَوْجَةَ أَخِيهِ فَوَطَّئَهَا ، رُدَّتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ إِلَى زَوْجِهَا وَلَا يَطْوِيهَا إِلَّا بَعْدَ ثَلَاثِ
حَبِضٍ^(٣) .

(١) "أراد" ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٤٧ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٤٨ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .

قال ابن القاسم : وعلى العالة منهما الحد ولاصداق لها^(١) .
 قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران أنه قال^(٢) : لانفقة لكل واحدة في
 الإستبراء على زوجها ، لأنه لم يدخل بها ، ولا على الواطئ ، لأنها غير زوجته ،
 إلا أن يظهر حمل فترجع عليه بما أنفقت .
 وأما من وطئ زوجة رجل في ليل يظن أنها زوجته ولم تحمل ، فنفتها في
 استبرائها على زوجها ، كما لو مرضت فإنه يتفق عليها ، قال : وسواء كان للتي
 أدخلت على غير^(٣) زوجها مال أم لا ، لانفقة لها^(٤) على أحدهما^(٥) .
 وذكر في بعض التعاليق : أن نفقة كل واحدة على زوجها الحقيقي^(٦) ،
 والأول أصوب .
 قال ابن القاسم^(٧) : ^(٨) فإن قالت : لم أعلم وظننت أنكم زوجتموني منه ،
 فلها صداق مثلها^(٩) على الواطئ ، ويرجع هو به على من غره^(١٠) .
 قال مالك في الواضحة : فإن لم يغرّه منها أحد وإنما كان خطأ منهم ،
 فصداق مثلها على الواطئ - يريد : ولا يرجع عليها بشيء - إذ ليست عالة ، والخطأ
 لازم لا يعذر به ، وفي العمدة الحد مع صداق المثل^(١١) .

(١) انظر : المدونة ٢/٢٤٨ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .

(٢) "قال" ليست في ز .

(٣) "غير" ليست في أ .

(٤) "لها" ليست في أ ، ب .

(٥)، (٦) انظر : تهذيب الطالب ٢/٢٢ .

(٧) "قال ابن القاسم" ليست في أ ، ب .

(٨) في زيادة : "وعلى العالة منهما الحد" وقد تقدمت قريباً .

(٩) في ز "الصداق" .

(١٠) انظر : المدونة ٢/٢٤٨ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .

(١١) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٤٦/ب .

ومن كتاب محمد وكتاب ابن سحنون : ومن زوج ابنته لرجل فأدخل عليه أمته على أنها ابنته ، فهذه تكون له بما تلد أم ولد ، وعليه قيمتها يوم الوطاء ، حملت أو لم تحمل ، ولاقيمة عليه في الولد بمنزلة من أحلَّ أمته لرجل ، وتبقى ابنته زوجة له^(١) ، ولو علم الواطئ أن التي أدخلت عليه غير زوجته ثم وطئها فهو سواء ، ولاحد عليه .

وقال ابن حبيب : ومن أدخل أمته على زوج ابنته فوطئها ذرء عنه الحد ، ولرمته القيمة ، وتحد الأمة ، إلا أن تدعي أن سيدها زوجها منه ، ويعاقب السيد .

ومن العتية : قال عيسى عن ابن القاسم فيمن طلب الدعول فأدخلت عليه جارية بكرًا بامرأته ، وامرأته ثيب ، وقيل له : لاتقربها الليلة ، فحلف بعنق رقيقه لاوطئها الليلة ، وهو يظنها امرأته ، فوطئها تلك الليلة واستمرت حاملاً ، وعليه شرط لزوجه بعنق كل جارية يتخذها أم ولد^(٢) وأمرها بيدها^(٣) .

قال : يلحق به الولد ولاحد عليه ولاعليها ، ويعتق عليه رقيقه ، وليس عليه طلاق ولاعتيك لزوجه ، وعليه لزوجه قيمة الولد إن لم تعلم زوجته بما صنع أهلها ولاتقوم عليه الجارية ، ولايرجع الزوج على الذي غره بقيمة الولد ، ولايكون أشد من المستحقة من يده تحمل فيودي قيمة الولد ، ولايرجع على الغاصب ، ولو كان ذلك بعلم زوجته ، لم ترجع بقيمة الولد ، ولاتقوم عليه الجارية إلا أن يشاء هو ذلك^(٤) .

قال الشيخ : هذا كلام جيد ، وهو خير من كلام سحنون الذي ألزمه في الأمة القيمة وإن لم تحمل^(٥) ، وخير من كلام ابن حبيب الذي ألزم الأمة الحد^(٦) ، لأن الأمة في ذلك كالمكرهة ، فيجب أن يسقط عنها الحد^(٧) . والله أعلم .

(١) أي للذي دخل على الأمة .

(٢) "أم ولد" ليست في ز .

(٣) في أ ، ب "يده" .

(٤) انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٣٨٧/٤ ، النوادر والزيادات ل ٢٤٦/أ .

(٥) في ز "يعلم" .

(٦) كما تقدم .

(٧) "الحد" ليست في ز .

[فصل ٣ - في زوج الأمة هل يُتَوَّع معها بيتاً؟]

ومن المدونة : من نكح أمة فليس له أن تبوّأ معه بيتاً ، وتبقى في خدمة ساداتها ، وليس لِسَادَةِ منعه الوطء إذا أراد ، ولا يَصْرُوه به ، ويمنع هو من الضرر بهم ، وللسيد بيعها ، وليس للمبتاع منع زوجها منها ، وإن بيعت بموضع لا يصل إليها الزوج فله طلبها ، والخصومة إن منع منها ، ويتبعه البائع بمهرها أو بنصفه إن طلقها قبل البناء^(١) .

[فصل ٤ - في حكم الخنثى]

ومن المدونة : ابن القاسم : والحكم في الخنثى بمخرج البول ، فإن كان يبول من ذكره فهو رجل ، وإن كان يبول من فرجه فهو جارية ، لأن النسل من المبال وفيه الوطء / فيكون ميراثه وشهادته وكل أمره على ذلك ، وما اجتزأنا على سؤال [٨٤/ب] مالك عنه^(٢) .

قال الشيخ : وقيل : إن أوّل من حكم بذلك في الجاهلية عامر بن الظرب العدواني^(٣) برأي جارية له راعية غنم^(٤) ، ثم حكم به علي بن أبي طالب في

(١) انظر : المدونة ٢/٢٤٨، ٢٤٩ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٤٩ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .

(٣) هو عامر بن الظرب بن عمرو بن عياذ العدواني ، حكيم ، خطيب ، من لجاهلين ، كان إمام مَظَرٍ وحكمها وفارسها ، كانت العرب لا تعدل بفهمه فهماً ولا بحكمه حكماً ، وهو أحد المعمرين في الجاهلية .

انظر : الأعلام ٣/٢٥٢ .

(٤) ذكر عبد الحق ذلك عن بعض شيوخه : أن عامر بن الظرب سئل عن توريث الخنثى ، فسهر ليلته تلك ، وكانت له حادمة تدعى سحيلة فسأله في بعض تلك الليلة فقالت : ما الذي أسهرك ياسيدي؟ فقال لها لا تسألني عما لا أعلم لك به ، ليس هذا من رعي الغنم في شيء ، وكانت ترعى له الغنم فذهبت عنه ، ثم رجعت إليه فسأله فأعاد عليها الكلام الأول فراجعت وقالت : أخبرني ياسيدي فلعل عندي قَرْنًا ، فأخبرها بما نزل به من أمر الخنثى ، فقالت له : يا مولاي يبقى الحكم للمبال ، ففرح بذلك وانكشف عنه ما كان فيه . تهذيب الطالب ل ، ٢/١ . =

الإسلام بأن جعل الحكم للمبال^(١) ^(٢) .

وروى أيوب^(٣) الأعمور القرضي^(٤) في كتابه أن الرسول عليه الصلاة والسلام سئل عن مولود له قيل "وذكر" من أين يورث؟ فقال عليه الصلاة والسلام : "من حيث يول"^(٥) ، وكذلك قال علي رضي الله عنه : إذا بال من ذكره ورث ميراث ذكر ، وإن بال من فرجه ورث ميراث أنثى^(٦) ، فإن خرج منهما جميعاً فمن أيهما سبق^(٧) ، وذلك قول جابر بن زيد^(٨) وغيره^(٩) من التابعين^(١٠) .

وأورد هذه القصة الخطاب نقلاً عن القاضي عياض ، وفيها أنه أقام أربعين يوماً متوقفاً فيها ، قال الأذرعى : وفي ذلك عبرة ومزدرج جهلة قضاة الزمان ومفتيه فإن هذا مشرك توقّف في حكم حادثة أربعين يوماً ولا قوة إلا بالله .

قال الخطاب : وفيه عبرة من جهة أخرى وهي أن الحكمة قد يخلقها العليّ ويجريها على لسان من لا يظنّ به معرفتها . وأنه وإن عجز عن إدراكها أصحاب الفطنة والعقول المستعدة لذلك فقد يجريها الله على لسان من لم يستعد لها والله الموفق .

مواهب الجليل ٦١٢/٨ .

(١) أخرجه سعيد بن منصور ، كتاب ولاية العصبية ، باب ما جاء في الخثي ٦٣/١ رقم (١٢٥، ١٢٦) .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٠/١ .

(٣) في ز "أبو أيوب" .

(٤) لم أشر على ترجمته .

(٥) أخرجه البيهقي ، كتاب الفرائض ، باب ميراث الخثي ٤٢٨/٦ رقم (١٢٥١٨) .

والحديث فيه محمد بن السائب الكلبي قال فيه ابن حجر : متهم بالكذب .

انظر : التقریب ٧٨/٢ رقم (٥٩٢٠) .

(٦) "أنثى" ليست في أ ، ب .

(٧) أخرجه البيهقي ، كتاب الفرائض ، باب ميراث الخثي ٤٢٧/٦ رقم (١٢٥١٥) .

(٨) هو أبو الشعثاء جابر بن زيد الأزدي اليماني ، مولاهم . البصري الخثي ، كان عالم أهل

البصرة في زمانه ، يعد مع الحسن وابن سيرين ، وهو من كبار تلامذة ابن عباس ، توفي سنة

٩٣ هـ .

انظر : سير أعلام النبلاء ٣٨٩/٥ ، شذرات الذهب ١٠١/١ .

(٩) أخرجه البيهقي ، كتاب الفرائض ، باب ميراث الخثي ٤٢٧/٦ رقم (١٢٥١٧) .

(١٠) كسعيد بن المسيب والحسن البصري .

انظر : مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب الفرائض ، باب في الخثي يموت كيف يورث ٢٨٠/٦

رقم (٣١٣٥٧) .

قال أيوب : فإن خرج منهما جميعاً معاً^(١) فقال أبو يوسف^(٢) وبعض أصحاب أبي حنيفة : يُنظر من أيهما خرج أكثر فيكون الحكم له به^(٣) .

قال الشيخ : قال شيخنا أبو بكر عتيق بن عبد الجبار^(٤) : أنكر ذلك الشعبي^(٥) فقال : أيوزن البول؟ أيكال البول؟ لا علم لي إذا بال منهما جميعاً^(٦) ، والأولى ماقلته الجماعة^(٧) . لأن الأقل يتبع الأكثر في أكثر الأحكام ، قال^(٨) : فإن بال منهما جميعاً متكافئاً فهو مشكلٌ في حال الصغر ، ثم يُنظر في كبره وبلوغه ، فإن نبت لحيته ولم ينبت له ثديٌّ فهو رجلٌ ، لأن اللحية علامة التذكير ، وإن لم تنبت له لحيةٌ وخرج له ثديٌّ فهو امرأةٌ ، لأن الثدي يدلُّ على الرَّحِم وتربية الولد ، فإن لم تنبت له لحيةٌ ولا ثديٌّ أو تنبتا جميعاً نُظِر ، فإن حاضت من فرجها فهي امرأةٌ ، وإن احتلم من ذكره فهو رجلٌ ، وإن احتلم وحاض أو لم يكن من ذلك شيءٌ فهو

(١) "معاً" ليست في أ ، ب .

(٢) هو القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي ، هو أول من لُقِّب بقاضي القضاة ، فقيهٌ ، فاضلٌ ، وعالمٌ حافظٌ ، إمامٌ مجتهدٌ ، تفقه على الإمام أبي حنيفة ولازمه ، وسمع من عطاء بن السائب وطبقته ، توفي سنة ١٨٢ هـ .

انظر : الطبقات ٢٣٨/٧ ، سير أعلام النبلاء ٧/٧٠٧ ، شذرات الذهب ١/٢٩٨ .

(٣) انظر : تحفة الفقهاء ٣/٣٥٧ .

(٤) هو أبو بكر عتيق بن عبد الجبار بن الفَرَضِي الصَّقَفي ، ذكر القاضي عياض بأنه ممن سمع من ابن الحصائري ، وعده ابن فرحون من شيوخ المؤلف ابن يونس الصَّقَفي ، وقد سماه مخلوف في الموضوعين عتيق بن عبد الحميد ، ولم أعر له على ترجمة مستقلة .

انظر : الترتيب ٢/٧١٥ ، الديباج ٢/٢٤٠ ، شجرة النور ص ٩٨ ، ١١١ .

(٥) هو أبو عمرو عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي كبار الشعبي ، وهو من جُمُوحٍ وعِدَدُهُ في هَمْدَان ، الإمام أخير العلامة ، حَدَّثَ عن كثير من الصحابة ، توفي بالكوفة مُجَاعاً سنة ١٠٤ هـ .

انظر : الطبقات ٦/٢٥٩ ، سير أعلام النبلاء ٥/٢٦٩ ، شذرات الذهب ١/١٢٦ .

(٦) "لاعلم لي إذا بال منهما جميعاً" ليست في ز .

(٧) وهو أن الحكم لما سبق منهما .

(٨) أي أيوب الأعور .

مشكلٌ عند من تكلم في الخنثى^(١) إلا على قوله شاذة ذهب إليها بعض الناس^(٢) أنه يُنظر إلى عدد أضلاعه ، قال : وذلك أن أضلاع الرجل أقل من أضلاع المرأة بضلع ، أضلاع المرأة ثمانية عشر ضلعاً من كل جانب ، وأضلاع الرجل ثمانية عشر ضلعاً في الجانب الأيمن ، وفي الأيسر سبعة عشر ضلعاً ، وذكر أن الله تعالى لما خلق آدم جعل له ثمانية عشر ضلعاً من كل جانب ، ثم ألقى عليه النوم فنام فاستل من جانبه الأيسر ضلعاً فخلق منه حواء^(٣) ، فالمرأة تزيد ضلعاً على الرجل^(٤) ، وعند هذا القائل لا يكون مشكلاً في صغير ولا كبير .

قال أيوب : وإليه كان يذهب الحسن البصري ، وتابعه على ذلك عمرو بن عبيد^(٥) ، قال : والجماعة على خلافهما .

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٠/١ .

(٢) وهما الحسن البصري وعمرو بن عبيد كما سيأتي .

(٣) قال ابن كثير عند تفسير قول الله تعالى : ﴿ وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ ﴾ سورة البقرة : آية ٣٥ : قال محمد بن إسحاق : أُبْقِيَتِ السَّيِّئَةُ عَلَى آدَمَ فِيمَا بَلَّغْنَا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ أَهْلِ الثَّوَرَةِ وَغَيْرِهِمْ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَغَيْرِهِ ، ثُمَّ اخْتُلِفَ فِي أَضْلَاعِهِ مِنْ أَضْلَاعِهِ مِنْ شَقِيقَةِ الْإِيسَرِ وَالْأَمِّ مَكَانَهُ لِحَمًا وَآدَمُ نَائِمٌ لَمْ يَهْبُ مِنْ نَوْمِهِ حَتَّى خَلَقَ اللَّهُ مِنْ ضِلْعِهِ تِلْكَ زَوْجَتَهُ حَوَاءَ فَسَوَّاهَا امْرَأَةً لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا .

انظر : تفسير القرآن العظيم ٧٩/١ .

(٤) وقد أورد هذا الكلام الخطَّاب نقلاً عن ابن يونس ، ثم ذكر عن العقباني الأقوال في عدد أضلاع كل من الرجل والمرأة ثم قال : أي العقباني بعد ذلك : وفي إثبات الأحكام بمثل هذا ضعف والعيان يدل على خلافه ، فقد أطبق خلق كثير من أهل التشريع على أنهم عاينوا أضلاع الصنفين متساوية العدد .

انظر : مواهب الجليل ٦٢٢/٨ ، ٦٢٢ .

(٥) هو عمرو بن عبيد البصري المعتزلي ، صاحب الحسن البصري ثم خالفه واعتزل خلقه فلذا قيل المعتزلة ، توفي بمصر على طريق مكة سنة ٢٤٢هـ ، وقيل ٢٤٤هـ .

انظر : الطبقات ٢٠١/٧ ، شذرات الذهب ٢١٠/١ .

واختلف أهل العلم إذا كان مشكلاً كيف يكون ميراثه ، فذهب أكثرهم وحدّاقهم إلى أن يكون له نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى^(١) .

قال ابن حبيب : فيكون له عى ذلك ثلاثة أرباع المال ، فجعل له هذه الثلاثة أرباع عند مقارنة غيره من الولد ، فإن كان معه ذكرٌ قُسم المال بينهما على سبعة ، ثلاثٌ للخنثى وأربعةٌ للذكر ، وإن كان معه أنثى قسم المال^(٢) بينهما على خمسة^(٣) .

وذهب أكثر القائلين بنصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى إلى أنه يورث بالأحوال ، وذلك أن الخنثى في حال يكون ذكراً ، وفي حال يكون أنثى ، فيعمل عى الحالين^(٤) .

قال الشيخ : وسأذكر بيان ذلك في كتاب الفرائض ، وأذكر فيه بقية اختلافهم فيه ، وكيفية حساب توريثه / إن شاء الله .

قال الشيخ : قال بعض فقهاءنا : ولا يصلي إلا مستترأ في آخر صفوف الرجال وأول صفوف النساء ، ولا يوطأ ولا يوطأ بتكاح .

وقيل : له أن يوطأ أمته ، وذكر حمديس^(٥) نحو ما ذكرنا .

وذكر عن ابن أخي هشام في الخنثى المشكل إذا مات اشترى له خادمٌ تغسله واستحسنه أبو عمران^(٦) .

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٠/١ .

(٢) "المال" ليست في أ .

(٣)،(٤) انظر : مواهب الجليل ٦١٣/٨ .

(٥) هو أبو جعفر أحمد بن محمد الأشعري المعروف بحمديس القطان ، الإمام الفقيه الفاضل ، العابد الورع ، من أصحاب سحنون ، رحل قلقي أبا مصعب ، وأخذ عن أصحاب ابن القاسم وابن وهب وأشهب ، توفي سنة ٢٨٩ هـ .

انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص ١٩٧ ، ترتيب المعارك ٢٥٤/٢ ، الديباج ٣٤٢/١ ، شجرة النور ص ٧١ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٠/١ .

قال الشيخ : وذكر أنه إذا غزا فُرِضَ له ربع سهم ، لأن له في بعض الأحوال سهماً ، وفي بعض الأحوال لاشي له ، بخلاف الورثة ، وذكر أنه إذا زنى بذكره أنه لا حد عليه ، لأن ذكره كأصبع ، وإذا وطئ في فرجه كان عليه الحد^(١) .

[فصل ٥ — في نكاح الرجل امرأة زنى بها أو قذفها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فلا بأس أن ينكح الرجل امرأة كان زنى بها بعد الاستبراء ، أو امرأة قذفها فحدَّ لها أو لم يحد^(٢) .

(١) انظر : المصدر نفسه ل ٢٠/١ .

(٢) انظر : المدونة ٢٤٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ٨٩ .

[الباب السادس عشر]**في الدعوى في النكاح****[فصل ١ — في دعوى النكاح إن أنكرها المدعى عليه منهما]**

قال ابن القاسم : وإذا ادعت امرأة نكاح رجل ، أو ادعاه هو عليها ، فلابعين على المنكر ، إذ لا يقضى عليه بنكوله^(١) .

ومن غير المدونة قال غيره : وفارق البيوع هاهنا ، لأنه لا يستباح فرج في سنة الرسول عليه الصلاة والسلام إلا بصدائق وبنة وولي^(٢) فلا ينعقد النكاح بأيمان ، ولو أقام الزوج شاهداً فاستحيفت المرأة فنكحت لم يلزمها النكاح ، ولا تسجن كما يسجن الزوج في الطلاق .

[فصل ٢ — في المرأة يتنازعها رجلان]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا ادعى رجلان امرأة ، كل واحد يدعي أنها زوجته ، وأقاما البينة ، ولم يُعلم الأول منهما ، والمرأة مقررّة بأحدهما أو بهما ، أو منكرّة هما ، فإن عدلت البيتين فسخت نكاحيهما وكانت صالحة ، ونكحت من أحبت منهما أو من غيرهما ، وإن كانت إحدى البيتين^(٣) عادلة والأخرى غير عادلة قضيت بالعادلة .

قيل : فإن كنت واحدة أعدل من الأخرى وكلهم عدول ؟
قال : يفسحان جميعاً ، بخلاف البيوع ، لأن السَّلْع لو ادعى رجل أنه ابتاع

(١) انظر : المدونة ٢/٢٥٠ ، تهذيب المدونة ص ٩٠ .

(٢) وقد سبقت الأحاديث الدالة على ذلك في أبوابها .

(٣) "البيتين" ليست في أ ، ب .

هذه السلعة من فلانٍ ، وأقام بيئةً ، وادعى آخر أنه ابتاعها من فلانٍ وأقام بيئةً ، قال مالك : يقضى بأعدل البيتين^(١) .

قال الشيخ : لعله يريد أن شهادتهما كانت في مجلسٍ واحدٍ ، ولفظٍ واحدٍ ، فتقول بيئة كل واحدٍ : أنه باعها ممن شهدوا له ، فهذه قد تهاترت^(٢) ، ويقضى فيها بأعدل البيتين .

فأما لو شهدت بيئة كل واحدٍ أنه ابتاعها من فلانٍ ولم تُؤرَّخ ، ولا عُلِمَ مَنْ هو الأول ، فهذه لم تهاترا ، إذ يمكن أن يبيعهما من أحدهما ، ثم يبيعهما من الآخر ويخبر كل واحدٍ منهما في أن يأخذ نصف السلعة ، ويرجع على البائع بنصف الثمن إن كان نقده ، أو يرد ويأخذ ثمنه ، وإن شاء رداها وأخذ ثمنيهما ، فإن رداها فللبائع أن يلزمها أيهما شاء .

وإنما قسمتها بينهما ، لأن شراء^(٣) واحدٍ منهما صحيح ، فلما لم يُعلم قسمت بينهما إذا شاءا ، وكذلك العلة في النكاح أن نكاح^(٤) واحدٍ منهما صحيح فلما لم يُعلم واستحال أمر القسمة فُسخ ، وهذا بين .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن صدَّق البائع إحدى البيتين وكذب الأخرى لم يُنظر إلى قوله^(٥) .

قال ابن المواز : فإذا كانت الزوجة مقررة^(٦) لأحدهما جعلتها له زوجةً ولم أفسخ نكاحها منه ، لأنني لو فسخت نكاحها ثم رجعت إلى الذي أقرت له أنه الأول بغير ائتناف نكاحٍ لم أمنعهما ، إذ لم يبق لهما خصمٌ ينفي قولهما ، وإن لم توقَّت بيئة الآخر وقتاً فهي زوجة مَنْ أقرت أنه الأول حتى يأتي ما يطل ذلك ، وإن

(١) انظر : المدونة ٢/٢٥٠ ، تهذيب المدونة ص ٩٠ .

(٢) تهاتر البيئات : أي سقوطها . انظر : معجم لغة الفقهاء ص ١٤٨ .

(٣) في زيادة "كل" .

(٤) في زيادة "كل" .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٥٠ .

(٦) "مقررة" ليست في أ .

كانت منكراً لهما كان لها أن تتزوج أيهما شاءت ، فمن تزوجته منهما لم يلزمه الطلاق ، لأنه إن يكن الآخر منهما فلم تكن امرأته فيلزمه الطلاق ، ولو كان هو / [١٨٥] الأول فقد رجعت إليه على حالها ولم يضره دعوى الآخر ، إلا أنني أحب أن يتزوجها بصدق وولي احتياطاً لما عَمِيَ مِنْ أمره ، ولا يضره ذلك ، وأما الآخر فإنه متى تزوجها بعد هذا الذي تزوجته فإنه تلزمه طلاق ، وكذلك إن تزوجت غيرهما ودخلت لزم من تزوجته منهما طلاقاً^(١) .

قال الشيخ : وذكر عن بعض شيوخنا : أن قول ابن المراز هذا خلاف لقول ابن القاسم^(٢) ، قال : ولسحنون أنه يقضى بأعدل البنتين كاسبغ ، ومثله لأبي إسحاق البرقي^(٣) .

وإنما يصح هذا عندي في التهاثر أن يشهدا في مجلس واحد ، ولفظ واحد ، فإنه يقضى بأعدل البنتين ، لأن كل بنة قد كذبت صاحبتهما ، فأما إن شهدا في مجلسين فلم يؤرخا ولا عليم الأول فالصواب قول ابن القاسم^(٤) كما بينا في صدر المسألة ، وفرقنا فيه بين النكاح والبيع ، فتأملته تقف على صوابه إن شاء الله تعالى^(٥) .

(١) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٢٨/١ .

(٢) أي الذي تقدم أول الباب وهو القول بفسخ النكاحين .

(٣) هو أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الرحمن البرقي المصري ، فقيه ، عالم ، أخذ عن أشهب وابن وهب وغيرهما ، له سماعٌ ومجالس رواها عن أشهب ، توفي سنة ٢٤٥ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٦٠/٢ ، الديباج ٢٥٩/١ ، شجرة النور ص ٦٧ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب لـ ١٩/١ .

(٥) وهو فسخ النكاحين .

(٦) "تأملته تقف على صوابه إن شاء الله تعالى" ليست في ز .

[الباب السابع عشر] في ملك أحد الزوجين صاحبه

[فصل ١ — في أسباب منع الرجل من نكاح أمته والمرأة من نكاح عبدها]

وأجمعوا أنه لا يجوز نكاح الرجل أمته ولا المرأة عبدها ، لأن الرجل يستطيع منافع البضع في أمته بملكه ويتصرف فيها بالبيع والهبة وغير ذلك ، والتزويج إنما هو عقد معاوضة على استباحة منافع ليست مملوكة ، فلو أبجنا له تزويج أمته لحرّمنا عليه التصرف فيها بالبيع وغيره ، ولم يجوز تزويج المرأة لعبدها ، لأن منافع البضع يملكها الزوج على المرأة ، وذلك يستحيل في العبد أن يملك شيئاً من سيده ، لأنها تملك رقبته وذلك يوجب تعارض الحقوق ، لأنه بملكه بُضْعَهَا تلزمها طاعته ، وتلزمه طاعتها بالرق ، ويلزم كل واحد نفقة صاحبه ، وفي ذلك تعارض الحقوق وبطلانها ، وقد بينّا ذلك في الكتاب الأول^(١) أيضاً ، فإذا ثبت هذا وجب إذا ملك أحد الزوجين صاحبه أن يفسخ نكاحه^(٢) .

[فصل ٢ — في الحكم إن ملك أحد الزوجين صاحبه]

قال مالك : وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه أو شيئاً^(٣) منه قلّ أو كثر فسخ النكاح فسخاً بغير طلاق ، ملكه بشراء أو ميراث أو صدقة أو وصية^(٤) .
وقاله عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما^(٥) .

(١) وهو في الباب العشرين منه .

(٢) ليست في ز .

(٣) "شيئاً" مكانها بياض في أ ، ب .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٥١ ، تهذيب المدونة ص ٩٠ .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٥١ ، ٢٥٢ .

قال أبو الزناد : وهي السنة^(١) .

قال ابن القاسم : وإذا اشترت امرأة زوجها فسد النكاح واتبعتة بمهرها ديناً
إن كان دخل بها ، وإذا لم يؤذن للأمة في التجارة لم يكن لها أن تشتري زوجها إلا
بإذن سيدها ، فإن اشترته بغير إذنه فلم يجوز سيدها شراءها بقيا على نكاحهما^(٢) .

فصل [٣ — في تطليق السيد على عبده ، وتزويجه العبد أمته ثم هبتها له والإيلاء والظهار ممن يملك من امرأته شقصا]

ولا يطلق السيد على عبده بغير إذنه^(٣) .

قال ابن نافع عن مالك : ومن زوج أمته من عباء ثم وهبها له يغتزي^(٤) فسخ
النكاح وأن يحلها لنفسه أو لغيره لم يجوز ، ولا تحرم بذلك على الزوج ، ولا تنزع
منه^(٥) .

قال ابن القاسم : ومن ملك من امرأته شقصاً ثم آلى منها أو ظاهر لم يلزمه
الظهار ، إذ ليست بأمة تامة ولا زوجة ، ويلزمه الإيلاء إن نكحها يوماً ما .
ومن ضمن صداق عبده ثم دفع السيد العبد إلى الزوجة في صداقها فرضيت
فسد النكاح ، فإن لم يكن بنى بها رجع العبد إلى سيده^(٦) .
ابن حبيب : وإن كان قد بنى بها انفسخ النكاح وملكته ، وقاله ابن القاسم
وفي كتاب^(٧) النكاح الأول^(٨) شيء من هذا^(٩) .

(١)، (٢)، (٣) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٥١، ٢٥٢ .

(٤) أي يقصد .

(٥)، (٦) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٥٢، ٢٥٣ ، تهذيب المدونة ص ٩٠ .

(٧) "كتاب" ليست في ز .

(٨) "الأول" ليست في أ .

(٩) انظر ص ١٤٠ .

[الباب الثامن عشر] القضاء في الصداق والعجز عنه

[فصل ١ — فيما يقضى به عند العجز عن الصداق أو كان الفراق من قبل المرأة]

قال الله تعالى : ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾^(١) ، وقال : ﴿فَتَوْهُنَّ
أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾^(٢) .

وقال /مالك وابن القاسم^(٣) : وللزوجة منع نفسها حتى تقبض صداقها إن [٨٦/
كانا باغيين ، فإذا أعسر الزوج بنقدها قبل البناء تلوم له الإمام ، وضرب له أجلاً
بعد أجل ، ويختلف في التلوم فيمن يرجى له وفيمن لا يرجى له ، فإذا استأصل التلوم
له ولم يقدر على نقدها فرّق بينهما وإن أجرى النفقة . ولو أعسر به بعد البناء لم
يفرق بينهما إذا أجرى النفقة واتبعته به ديناً^(٤) .

قال ابن حبيب : إذا لم يجد الصداق ولم يبن بها كُلف النفقة وقُصِرَ^(٥) له في
أجل الصداق ، فإن لم يجد أيضاً النفقة أُجِّلَ أجلاً دون أجل ذلك في الصداق ، مثل
الأشهر إلى السنة ، وإن وجد النفقة أُجِّلَ^(٦) السنة والسنتين^(٧) .

قال الشيخ : وإذا فرق بين لزوجين قبل البناء لعدم الصداق أو النفقة ،
فللمرأة نصف الصداق ، قاله ابن القاسم وابن وهب^(٨) ^(٩) .

(١) سورة النساء : آية ٤ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٣) "ابن القاسم" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٥٣ ، تهذيب المدونة ص ٩٠ .

(٥) في جميع النسخ "فسخ" .

(٦) أي الصداق .

(٧) انظر : التوارد والزيادات ل ٢٣٢/ب ، ٢٧٣/ب ، ٢٧٤/ز .

(٨) "وابن وهب" ليست في ز .

(٩) تهذيب الطالب ل ٢٠/أ .

وقال سحنون عن ابن نافع : إذا طلق عليه قبل البناء لعدم الصداق فلا صداق لها ، لأن الفراق من قبلها ، وكذلك من بجن^(١) قبل البناء ففرق بينهما فلا صداق لزوجته^(٢) .

قال الشيخ : قال بعض الفقهاء : ولا خلاف في المجنون^(٣) ، لأن عذره قائم . وأما المعدم بالنفقة أو بالصداق يمكن أن يخفي ماله ويظهر العدم ، أو يقدر على ذلك بوجه ما ، فيصير الطلاق كأنه هو اختاره ، فوجب عليه نصف الصداق عند من رأى ذلك^(٤) .

وإذا أسلمت ذمية تحت ذمية أو عتقت أمة تحت عبد فاختارت نفسها ، وذلك قبل البناء فلا صداق لها^(٥) .

قال إسماعيل القاضي : لأن الطلاق من قبلها لا من قبل الزوج ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾^(٦) ، فالزوج هاهنا لم يكن مطلقا ، وذلك بخلاف المسكة والمخيرة قبل البناء ، فهذه لها نصف الصداق ، قاله مالك ، لأن الطلاق هاهنا من قبل الزوج ، إذ جعله لها^(٧) .

وذكر عن أبي عمران فيمن باع أمته من ظالم قبل أن يدخل بها زوجها ، فمنع الزوج من الدخول بها ولم يقدر عليه قال : لا صداق على الزوج ، وإن قبضه منه اسيد لزمه أن يرده عليه ، وبالله التوفيق^(٨) .

-
- (١) في أ ، ب "عجز" ، وما أثبتته أصح .
 - (٢) لأن الفراق من قبلها أيضاً إذ لم ترض به مجنوناً . المصدر نفسه ل ٢٠/١ ، وقد تقدم ذكر عيب المجنون في الرجل ص ١٦٦ .
 - (٣) أي في أنه لا يزمه شيء من الصداق .
 - (٤) انظر : المصدر نفسه ل ٢٠/١ .
 - (٥) انظر : المدونة ٢/٢٣٢، ٢٣٣ .
 - (٦) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .
 - (٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٠/١ ، ب .
 - (٨) انظر : المصدر نفسه ل ٢٠/ب .

فصل ٢ — في الصداق إن كان مؤخرًا

ومن المدونة : قال مالك : ولها أخذته بالمهر بعد تمام العقد إن نكحها مثل نكاح الناس على النقد ، فأما ما كان من مهر إلى موت أو فراق ، فإن هذا يفسخ قبل البناء ويثبت بعده .

قال مالك مرة : يكون لها قيمة المهر المؤخر نقدًا - يريد مع المعجل - وقال مرة : يكون لها صداق المثل نقدًا لا تأخير فيه .

قال ابن القاسم : وهو أحب قوله إلي ، أن تعطى مهر مثلها ويحسب فيه ما أخذت من العاجل ويسقط الآجل^(١) .

فصل ٣ — في الدخول بالمرأة قبل أن يقدم الزوج شيئًا من الصداق

ابن حبيب : وإذا رضيت المرأة بالبناء قبل أن يقدم شيئًا فليس بحرام ، وهو معنى قول الله تعالى : ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيزَةِ﴾^(٢) ، وقيل : هو^(٣) ما أعطته أو وضعت عنه من صداقها ، وأجاز ابن المسيب وغيره أن يدخل قبل أن يقدم شيئًا^(٤) ، وكرهه آخرون^(٥) ، وكرهه مالك حتى يقدم ولو ربع دينار .

(١) انظر : المدونة ٢/٢٥٣ ، تهذيب المدونة ص ٩٠ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٣) "هو" ليست في ز .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في لرجل يتزوج المرأة فيدخل بها قبل أن يعطيها شيئا ٤٨٨/٣ رقم (١٦٤٣٢) .

(٥) وهم ابن عمر وابن عباس وسعيد بن جبير وإبراهيم النخعي وابن سيرين والزهري ، انظر : المصدر نفسه ، كتاب النكاح ، باب من قال لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا ٤٨٨/٣ ، ٤٨٩ رقم (١٦٤٣٤-١٦٤٤٢) .

وكره ابن القاسم أن يدخل بالهدية التي أهداها حتى يقدم ربع دينار ،
وأجازته مالك وابن المسيب وابن شهاب^(١) .

(١) انظر : النواذر والزيادات ل ٢/٢٣٢ .

[الباب التاسع عشر]
في نفقة الزوجات والعجز عنها ، والدعوى في ذلك
ومن أنفق على أجنبي

[فصل ١ — في وجوب النفقة ، وبيان ما يوجبها]

قال الله تعالى في النفقة : ﴿لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُئْتِقْ رَمًّا أَنَاةَ اللَّهِ﴾ (١) .

قال عبد الوهاب : وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : "تقول لك امرأتك : أنفق عليّ أو طلقني" (٢) ، ولأن الزوجية عقد منافع ، والنفقة في مقابلة تلك المنافع ، فهي واجبة بالعقد / والتمكين من (٣) الاستمتاع (٤) .

[٨٦/ب]

ومن المدونة : قال مالك (٥) : ومن تزوج امرأة لم تلزمه نفقتها حتى يدعى إلى البناء فحينئذ يلزمه الإنفاق ، فإذا منع من الدخول فلانفقة عليه .
 فإن كانت صغيرة لا يجامع مثلها لصغرها ، فقليل له : ادخل عليها أو أنفق ،
 فلاتلزمه نفقتها ولا صداقها .

- قال الشيخ : لأن الاستمتاع غير مُتَّاتٍ منها - .

قال مالك : حتى يبلغ حدّ الجماع وإن لم تحض .

- قال الشيخ : لأن الاستمتاع حينئذٍ مُتَّاتٍ كالبالغ - .

قال مالك : والصبي إذا زوجه أبوه امرأة فدعته إلى البناء فلا يلزمه نفقتها ولا صداقها حتى يبلغ حدّ الجماع ، وهو الاحتلام .

(١) سورة الطلاق : آية ٧ .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النفقات ، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال ١٨٩/٦ ، ١٩٠ .

(٣) في ز "ولو" بدل "من" .

(٤) انظر : للمونة ٢/٢٨٧ .

(٥) "مالك" ليست في ز .

- قال الشيخ : لأن الصغير لا يتأتى منه الاستمتاع الذي تعاوض عليه لصغره فلا يلزمه شيء حتى يحتتم وإن كان مثله يطأ ، والزوجة قد^(١) يكون مثلها توطأ وإن^(٢) لم تحتتم .

قال ابن اقسام : ولو دعا الزوج إلى البناء ، وزوجته صغيرة لا يجامع مثلها فقال له أبوها أو أولياؤها : لا تمكك منها ، لأنك لا تقوى على جماعها^(٣) ، فلهم أن يمنعوه حتى تبلغ حد الجماع .

وقد قال مالك فيمن تزوج امرأة وشرطوا عليه ألا يدخل بها إلى سنة ، قال : فإن كان ذلك لصغر ، أو كان الزوج غريباً يريد أن يظعن بها وهم يريدون أن يستمتعوا منها ، فذلك لهم ، والشرط لازم ، وإلا بطل الشرط^(٤) . وذكر أصبغ هذه الرواية في العتبة ، قال أصبغ : وما هو بالقوي إذا احتملت الوطء^(٥) .

قال فيها أشهب : ومن دفع الصداق وطلب البناء^(٦) فمنعوه أهلها حتى يهيئوها ، قال : الوسط من ذلك ، ليس له أن يقول : أدخلوها الساعة ، ولا لهم حبسها عنه ، ولكن وسط بقدر ما يجهزونها ويهيئون أمرها^(٧) .

قال في كتاب محمد : ولو شرطوا عليه ألا يدخل إلى خمس سنين ، قال : بشئ ماصنعوا ، والنكاح جائز والشرط باطل ، ويدخل متى شاء ، وقاله ابن وهب عن مالك^(٨) .

(١) في ز "أن" ، وفي ب "حتى" .

(٢) "إن" ليست في أ .

(٣) في أ ، ب "لأنها لا تقوى على جماعك" ، وماثته أصح ، وهو الذي يتفق مع نص المدونة .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٥٤، ٢٥٥ ، تهذيب المدونة ص ٩٠ .

(٥) العتبة مع البيان والتحصيل ١٠٠/٥ .

(٦) "وطلب البناء" ليست في أ ، ب .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٤/٣٥٣ .

(٨) النوادر والزيادات ل ٢٣٩/١ .

[فصل ٢ — فيمن دعي إلى البناء وعجز عن الجماع هل تلزمه النفقة؟]

ومن المدونة : وإذا دعي الزوج إلى البناء وزوجته رتقاء لا يقدر على جماعها خير الزوج بين أن يقيم معها أو يفارقها ، فإن فارقها فلا صداق لها إلا أن تعالج نفسها بأمر يصل به إلى جماعها ، ثم تدعوه إلى البناء فلها الصداق والنفقة ، ولا تجبر هي على العلاج ، ومن دعت زوجته إلى البناء والنفقة ، وأحدهما مريض مرضاً لا يقدر معه على الجماع ، لزمه أن يدخل أو ينق ، ولا يشبه هذا الصبي أو الصبية ، وإذا كانا صحيحين في العقد لم ينظر إلى ما حدث بهما من مرض ، إلا أن يكون مرضاً بلغ من المرأة حدَّ السياق ، فلا يلزم الزوج حيث أن يدخل عليها إن دعت ، لأن دخول هذا وغير دخوله سواء ، والصداق أوجب من النفقة في هذه المسائل ، ولها أخذه به حين تزويجها ، دخل بها أو لم يدخل .

ولو جُذِمَت الزوجة بعد النكاح جُذاماً لا يستطيع الجماع معه ، فدعته إلى البناء ، قيل له : ادفع الصداق وأنق وادخل أو طلق^(١) .

قال الشيخ : لأن المنع لم يكن من قبلها ، وقد كانت يوم العقد ممن يمكن الاستمتاع بها ، وتلزمه النفقة عيها ، فلا يسقطها ما حدث من أمر الله بها .

[فصل ٣ — في نفقة المرأة الناشئ^(٢)]

ولانفقة لناشر ، لما بينا أنها في مقابلة التمكين والاستمتاع ، فإذا منعه نفسها ولم تمكنه لم يجب لها نفقة .

(١) نظر : المدونة ٢/٢٥٤، ٢٥٦ ، تهذيب المدونة ص ٩٠ .

(٢) النشوز ، والنشوص : الارتفاع ، يقال : تَنَشَّرَت المرأة وَتَنَشَّصَتْ ، وَتَنَشَّرَ الرجل وَتَنَشَّصَ ، إذا ارتفع على صاحبه وخرج عن حَسَنِ المعاشرة ، ذكره الأزهري ، وهو مشتقٌّ من التَّنَشَّرِ بفتح الشين وإسكانها وهو المكان المرتفع من الأرض . انظر : تنبيه الطالب ص ١٨٣ .

ابن المنذر^(١) : وقاله الشعبي وحماد^(٢) ومالك والأوزاعي^(٣) والشافعي وأبو ثور^(٤) وأصحاب الرأي ، ولا أعلم أحداً خالف هذا إلا ابن عبد الحكم^(٥) فإنه قال في امرأة خرجت من بيت زوجها عاصية : لها النفقة ، والأول أصح^(٦) .

وفي / كتاب ابن المواز : وإذا غلبت امرأة زوجها فخرجت من منزلها وأبت أن ترجع وأبى أن ينفق عليها حتى ترجع ، فأنفقت من عندها ، قال مالك لها اتباعه بذلك^(٧) .

(١) هو أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، إمام ، حافظ ، علامة ، فقيه ، مجتهد ، نزيل مكة ، روى عن الربيع بن سليمان ، ومحمد بن ميمون ، ومحمد بن إسماعيل الصائغ ، وخلق كثير ، له تأليف حسان منها : الإشراف في اختلاف العلماء ، وكتب لإجماع ، والمبسوط ، وله تفسير كبير في بضعة عشر مجلداً ، توفي بمكة سنة ٣١٨ هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٤٣٩/١١ ، شذرات الذهب ٢٨٠/٢ .

(٢) هو أبو إسماعيل حماد بن أبي سليمان ، مولى إبراهيم بن أبي موسى الأشعري ، فقيه الكوفة ، أصله من أصبهان ، روى عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وغيرهما ، وتفقه بإبراهيم النخعي ، وهو أنبل أصحابه وأقربهم ، توفي سنة ١٢٠ هـ .
انظر : الطبقات ٣٢٤/٦ ، سير أعلام النبلاء ٦٠/٦ ، شذرات الذهب ١٥٧/١ .

(٣) هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي ، إمام أهل الشام في زمانه وفقيههم ، كان ثقة مأموناً صدوقاً فاضلاً خيراً ، كثير الحديث والعلم والفقه ، روى عن عطاء بن أبي رباح ، ومكحول ، وقتادة ، وخلق كثير من التابعين ، توفي ببيروت سنة ١٥٧ هـ .
انظر : الطبقات ٣٣٩/٧ ، سير أعلام النبلاء ٨٦/٧ ، الشذرات ٢٤١/١ .

(٤) "أبو ثور" ليست في ز . وترجمته : هو أبو ثور إبراهيم بن خالد الكلبي البغدادي مقي العراق ، فقيه ، إمام ، حافظ ، مجتهد ، تفقه وسع من ابن عيينة ووكيع بن جراح وعبيدة بن حميد وغيرهم ، له مصنفات كثيرة منها : كتاب اختلاف مالك والشافعي ، توفي ببغداد سنة ٢٤٠ هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٧٦/١٠ ، شذرات الذهب ٩٢/٢ ، الأعلام ٣٧/١ .

(٥) في جميع النسخ "الحكم" ، والتصحيح من المعونة ، فقد قال القاضي عبد الوهاب : خلافاً لما يحكي عن ابن عبد الحكم . ٧٨٣/٢ .

(٦) تهذيب الطالب ل ٢/٢١ .
والذي صحح القول الأول أبو بكر بن عبد الرحمن وليس ابن المنذر كما يتوهم .
انظر : المصدر نفسه ل ٢/٢١ .

(٧) النواذر والزيادات ل ٢/٢٧٥ .

ولسحنون في التي^(١) تهرب من زوجها من القيروان إلى تونس ، أو تنشر عنه الأيام فتطلبه بالنفقة قال : إن نشزت ، لأنها تدعي أنه طلقها ، فلانفقة لها ، وإن قالت : إنما فعلت ذلك بُغْضَةً [له]^(٢) فلها النفقة كالعبد الآبق نفقته على سيده^(٣) . وفي كتاب أبي بكر الوقَّار^(٤) : فإذا احتجبت المرأة عن زوجها وطلبت منه النفقة فلانفقة لها ما حجبته نفسها عنه ، فإذا كانت معه في منزل ومنعته من نفسها فعليه النفقة ، وعليه الاحتيال في الوصول إليها ، وإذا مرضت فعليه النفقة ، وليس عليه أن يجاوز ما يزمه لها في صحتها ، ليس عليه دواء ، ولا أجر طبيب ، ولا علاج إلا أن يتطوَّع بذلك^(٥) .

قال عبد الوهاب : لا يخلو حال المرأة من ثلاثة أوجه : أن يعدم منها الوطاء من قبَل الله تعالى من مرض ونحوه ، أو من قبَل الزوج من سفر ، أو ترلُّر ، فلا تسقط النفقة في هذين الوجهين ، أمَّا ما يكون من قبَلها من نشوزها ومنع الزوج من وطئها ، فلا تزمه لها نفقة^(٦) .

[فصل ٤ — فيما يلزم العبد والمكاتب والمكاتبة من النفقة]

ومن المدونة : قال مالك : ويبيع على الرجل فيما يلزمه من نفقة امرأته عروضه وربعه^(٧) إن لم يكن له عين .

(١) من هنا إلى قوله "فله الرجعة" ص ٢٨٩ ساقط من ز .

(٢) من النوادر .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٧٥ ، تهذيب الطالب ل ٢/٢١١ .

(٤) هو أبو بكر محمد بن أبي زكريا الوقَّار ، إمام ، فقيه ، ثقة بآبيه وابن عبد الحكم وأصبغ ، ألف كتاب السنة ، ورسالة في السنة ، ومختصرين في الفقه ، الكبير منهما في سبعة عشر جزءاً ، توفي سنة ٢٦٩ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٩١/٢ ، الأديب ١٦٨/٢ ، شجرة النور ص ٦٨ .

(٥) ، (٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٢/٢١١ .

(٧) الربع : حصة القوم ومنزلهم ، انظر : المصاحح المثير ص ٢١٦ .

قال مالك : ويلزم العبد نفقة امرأته حرةً كانت أو أمةً وإن كانت الأمة تبيت عند أهلها .

قال : ونفقة زوجة العبد في ماله إن كان له مال ، ولانفقة لها من كسبه وغنائه ، وذلك لسيدته ، فإن لم يجد غيره فَرَّقَ بينهما إلا أن ينطوع السيد بالنفقة ، ولا يباع العبد في نفقة زوجته .

قال مالك : ولا يلزم العبد نفقة أولاده الأحرار ولا العبيد .

قال عنه ابن وهب : وليس على العبد أن ينفق من ماله على من لا يملك سيده ، وذلك الأمر عندنا .

ابن القاسم : ولا تجبر أم الولد على نفقة ولدها كالحرة ، وإذا كان زوج المكاتب عبداً فحدث لها في كتابتها ولد فنفتهم عليها ، لأنهم كأنهم عبيدها ، ونفتها هي على زوجها .

وكذلك إن كان زوجها في كتابة أخرى على حدة ، فحدث بينهم ولداً ، كانت نفقتهم عليها ، ونفتها هي على الزوج ، فإن لم ينفق عليها فرق بينهما ، فإن كانت كتابة الأم والأولاد واحدة فنفتها ونفقة الولد على الأب ، حدثوا في الكتابة أو كاتب عليهم ، وليس عَجَزُ^(١) المكاتب عن نفقة ولده الصغار كعجزه عن الكتابة والجنابة^(٢) .

فصل [٥ — في مقدار نفقة الزوجة]

قلت لابن القاسم : وإذا خاصمت المرأة زوجها في النفقة كم يُفرض لها ، أنفقة سنة ، أو نفقة شهرٍ بشهرٍ ؟

(١) "عجز" مكانها يياض في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٥٥-٢٥٨ ، تهذيب المدونة ص ٩٠ .

قال : إنما ذلك على اجتهد الإمام في عُسر الرجل ويُسرّه ، وليس النفس في ذلك سواءً ، وينظر الإمام في ذلك أيضاً ، فيفرض لها على قدر حالها وحاله في عسره ويسره^(١) .

قال الشيخ : قال سحنون : يجري عليها بقدر ما يرى السلطان من جدته ، فمن الناس من يجري عليه يوماً بيوم ، ومنهم جُمعةً بجمعة ، ومنهم شهراً بشهر^(٢) .
قال ابن المواز : وإذا لم يجد إلا قوت شهرٍ لم يفرق بينهما ، ويتلوم له إذا فرغ .

قال ابن حبيب : وإن لم يجد إلا الخبز وحده وما يوارى به عورتها ولو بثوبٍ واحد - قال مالك : من غليظ الكَتَان^(٣) - لم يفرق بينهما ، كانت غنيةً أو فقيرةً ، فإن عجز عن هذين أو أحدهما فرّق بينهما بطلقة^(٤) .

[فصل ٦ - فيما إذا عجز الزوج عن النفقة أو أيسر في حال العجز]

ومن المدونة : / قال ابن القاسم : فإن لم يقدر أن ينفق عليها فرق السلطان [٨٧]ب بينهما بعد التلوم ، ويختلف في التلوم فيمن يرجى له ومن لا يرجى له .
قال مالك : فإن أيسر الزوج في العدة ارجع إن شاء ، وإن لم يسر فلارجعة له ، ورجعته باطلة^(٥) .

ابن المواز : عن ابن القاسم : وإذا وجد نفقة شهرٍ كان أملك بها في العدة ، وإن لم يجد إلا مثل نفقة العشرة الأيام ، أو خمسة عشر يوماً فلارجعة له ، لأن ذلك

(١) انظر : المدونة ٢/٢٥٨ .

(٢) النوادر والزيادات ل ٢٧٣ب .

(٣) الكَتَان : يفتح الكاف وتشديد التاء ، نباتٌ تستخرج من أليافه خيوطٌ يصنع منها القُمَاش . معجم لغة الفقهاء ص ٣٧٧ .

(٤) النوادر والزيادات ل ٢٧٣أ ، تهذيب الطالب ل ٢١/١ .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٥٨ ، تهذيب المدونة ص ٩٠ .

لا قدر له ، وهو يصير إلى ضرر ، وقاله أصبغ وابن حبيب ، وهذا إذا كان الفرض عليه شهراً شهراً ، فأما من كان الفرض عليه بالأيام لقلة ماله فإذا وجد الذي لو جاء به لم تطلق عليه فله الرجعة^(١) .

[فصل ٧ — في اشترائط الزوجة حميلاً بالنفقة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا كان الزوج حاضراً ففرض لها السلطان نفقة شهراً بشهر فأرادت منه حميلاً فلا يلزمه أن يعطيها بذلك حميلاً ، ومن طلق وأراد سفراً فقالت له امرأته : أخاف حملاً فأقيم لي بالنفقة حميلاً لم يلزمه حميل^(٢) إلا في حمل ظاهر ، فإن ظهر بها حمل بعد أن سافر اتبعته بما أنفقت إن كان في حال حملها موسراً^(٣) .

ابن المواز : قال مالك : لا يمنع من السفر ، ولا عليه وضع النفقة إن ادعت الحمل .

وقال أصبغ : إن تبين طول سفره ، وهي ممن يخاف عليها الحمل ، فليعطها حميلاً بالنفقة ، أو يوقف لها مالاً ، وإن لم يكن بها^(٤) ما وصفت لك فلا شيء عليه ، ولا يمنع من السفر^(٥) .

قال مالك : فإذا أنفق عليها^(٦) بغير قضية وقد ادعت الحمل ثم بطل الحمل لم يرجع عليها إذا أنفق عليها بدعواها ، أو بقول القَوَابِل^(٧) ، وإن أنفق بقضية رجع عليها^(٨) .

(١) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٧٣/ب .

(٢) "حميل" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٠ .

(٤) "بها" ليست في ز .

(٥) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٧٤/ب .

(٦) أي على المبتوتة .

(٧) القَوَابِل : جمع قابلة وهي التي تتلقى الولد عند ولادته .

انظر : تنبيه الطالب ص ١٤٠ .

(٨) تهذيب الطالب لـ ١/٦٦ .

ابن المواز : لأنه انكشف أن ما قضي به غير حق .
وقال عبد الملك : إن أنفق بغير قضاء فله أن يرجع ، ورواه عن مالك ، وإن
أنفق بحكم لم يرجع عليها^(١) بشئ .
ابن المواز : وأحب إلي أن يرجع في الوجهين إن تبين ذلك بإقرارٍ منهما أو
بغير إقرار^(٢) .
ومن المدونة : وإن أراد الزوج^(٣) سفرًا فطلبتة امرأته بالنفقة ، فرض لها بقدر
ما يرى من إبعاده ومقامه فيدفعه إليها أو يقيم لها به كفيلاً يجزيه لها^(٤) .

فصل [٨ — في دعوى المرأة عدم الإنفاق عليها]

ومن أقام مع امرأته ستين بعد البناء بها وهو متبي ، فادعت أنه لم ينفق عليها
فلها أخذه بها إن صدقتها ، وإن أنكر فالقول قوله ويحلف^(٥) .
قال ابن القاسم : وإذا قدم الغائب فقال : كنت أبعث إلى زوجتي بالنفقة
وأجريها عليها ، وكذبتة فالقول قوله مع يمينه ، إلا أن تكون المرأة رفعت ذلك إلى
السلطان ، واستعدت في غيبته ، فمن يومئذ تلزمه النفقة إن كان ملياً ، ولا يقبل
دعواه الإرسال بعد قيامها إلا أن يأتي بالمرحج^(٦) .
قال مالك في كتاب محمد : وليس عليه أن يحلف أنه بعث بذلك إليها ، إنما
يحلف أنها قبضت ذلك ووصل إليها ويرأ^(٧) .
قيل : وكيف يعلم وهو غائب عنها؟
قال : يكون قد دفعه إليها قبل محروجه ، أو جاء بذلك كتابها إليه ، أو قدم
من عندها من يخبره^(٨) .

(١) "عليها" ليست في ز .

(٢) المصدر نفسه ل ١/٦٦ .

(٣) "الزوج" ليست في ز .

(٤) (٥)، (٦) انظر : المدونة ٢/٢٥٨، ٢٥٩ ، تهذيب المدونة ص ٩١، ٩٠ .

(٧) "ويرأ" مكانها بياض في أ .

(٨) انظر : التوادر والزيادات ل ١/٢٧٥ .

قال الشيخ : وذكر لنا عن أبي بكر بن عبد الرحمن : إذا طُلِّقَ على الغائب لعدم النفقة ، ثم أتى فأثبت أنه ترك لها النفقة ، فإنها ترد إليه ، كان قد دخل بها أم لا ، وهي لمحمد .

قيل : فإن تزوجت ودخل بها الثاني ؟
قال : ترد إليه أبدا .

وقد قال ابن المواز فيمن له زوجة تدعى عائشة ، فقال : عائشة طالق ، وقال : أردت زوجة لي غائبة تسمى عائشة ، فطلقت الحاضرة ، إذ لم يعلم صدقه ، ثم ظهر أنه صادق فيما / زعمه أن المطلقة ترد إليه وإن^(١) تزوجت ودخل بها [٨٨/ الثاني فكذاك مسائلك^(٢) .

قال الشيخ : وذكر عن الشيخ أبي الحسن أنه قال فيمن غاب عن زوجته ولا مال له ينفق عليها منه : فقد قال بعض أصحابنا : أنها تطلق ، ولا أرى ذلك ، وليس هو كالحاضر ، لأن الحاضر قد استأصل احكم حجة ، والغائب عسى أن تكون له حجة^(٣) .

وقال أبو محمد : لا فرق عندي بين الحاضر والغائب ، وأرى أن يفرق بينهما إذا لم يكن له مال ينفق^(٤) عليها منه ، وبالناس اليوم ضرورة إلى ذلك^(٥) .

وذكر لنا عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه قال فيمن فُقدَ عن زوجته قبل البناء ، وهي بكر في حجر أبيها ، فطلب الأب الصداق والنفقة والكسوة وجميع لوازمها في مال الزوج ، فقال : له أن يأخذ جميع ذلك إذا كان يسع ، هذا قول ابن اقسام ، ورواه أصحابه المصريون والأندلسيون ، عيسى وأصيف^(٦) .

(١) في أ ، ب "فإن" .

(٢) أي وكذلك حكم من طلق عليه وهو غائب ثم أثبت النفقة فإن زوجته ترد إليه .
انظر : تهذيب المطالب لـ ٢٠٠/ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه لـ ٢٠٠/ب .

(٤) في ز "ما ينفق"

(٥)، (٦) انظر : المصدر نفسه لـ ٢٠٠/ب .

وقال أصبغ : وإنما كان له الصداق كاملاً ، لأنه لو كان معها وامتنع من الدخول لزمه أن يدفع إليها جميعه ، فإذا امتنع منها ببعد الغيبة لزم ذلك في ماله ، وهذا لا اختلاف فيه وإنما الخلاف في امرأة المفقود إذا رفعت أمرها إلى السلطان وأرادت الخروج من عصمته ، فضرب له أجل أربع سنين من بعد الكشف عنه فلم يَعْرِفْ له خبر ، فاعتدت منه عدة الوفاة ولزمها الإحداد ، فصار حكمها معه كحكم الميت ، فأوجبوا لها الصداق ، فإن قدم وقد تزوجت ودخل بها الثاني فقال مالك وابن القاسم وغيرهما : لا ترد من الصداق شيئاً .

وقيل : بل ترد نصف الصداق ، لأنه قد ثبت أنه طلاقٌ حقيقة^(١) .

قال ابن دينار : يدفع إليها نصف الصداق ويوقف نصفه ، فإن حُكِمَ بموته رد إليها^(٢) ، ففي هذا الوجه اختلف ، وليس يدخل في هذا ما ذكر عن^(٣) سحنون أنها إذا طلبت الزوجة مهرها عند دخوله بها ، فرأى أن تصير عليه ، لأن ذلك عرف الناس ، لأن في مسألتنا قد أطل الغيبة وانقطع خبره .

فإذا لم يقدر^(٤) على إيقافه لبعد غيبته ، أو لجهالة موضعه صار حكمه حكم من لزمه الدخول فامتنع فلزمته النفقة والصداق ، وهذا القول في العتبية والموازية ، ولم يذكر محمدٌ في هذه المسألة اختلافاً ، ولا العتبي^(٥) .

وفي السليمانية قال : لانفقة لها في ماله ، لأنه لم يدخل بها ولم يُدْعَ إليه لغيبته ، ولا يجب لها عليه صداق إلا من بعد ضرب السلطان له الأجل أربع سنين ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرًا ، فعند ذلك يجب لها نصف الصداق ، وتزوج إن أرادت النكاح ، وأما قبل ذلك فلا .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أنفقت المرأة على نفسها وزوجها حاضراً ، وقد ظهر بها حملٌ ، فلم تطلبه بذلك حتى وضعت حملها ، كان لها أن تتبعه بما

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥١/٥ .

(٢) قال عبد الحق : ولم يجعله كالمت ، لأنه لم يحكم بموته ، لأن ماله ينفق على من تلزمه نفقته . تهذيب الطالب لـ ٢٠٠ ب .

(٣) "عن" ليست في ز .

(٤) في أ ، ب "يكن" .

(٥) أي في العتبية . انظر : المصدر نفسه لـ ٢٠٠ ب .

أنفقت في الحمل ، وماأنفقت على نفسها في غيبته أو حضرته وهو مُعْلِمٌ فلا شيء لها عليه ، وإنما لها إن لم يقدر الزوج على النفقة أن ترضى بالمقام معه ، أو يفارقها ، فإذا أنفقت الزوجة على نفسها وعلى صغار ولدها وأبكار بناتها من مالها والزوج غائب ، فلها أتباعه بذلك إن كان في وقت نفقتها موسراً ، وتضرب بما أنفقت على نفسها مع الغرماء / ولا تضرب معهم بما أنفقت على الولد^(١) .

قال الشيخ : وإنما فرق بين ماأنفقت على نفسها وبين ماأنفقت على ولدها لأن نفقتها عنده أوجب من نفقة الولد ، لأن نفقة الزوجة تُسْقِطُ الزكاة ، كانت بقضية أو بغير قضية ، فهي كالدين عليه لأجنبي ، ونفقة الولد لا تسقط الزكاة . لأنها لا تجب لهم حتى يتغوها .

قال الشيخ : ويجب على قول أشهب الذي يرى أن نفقة الولد كالزوجة وتسقط بها الزكاة ، أن تضرب مع الغرماء بما أنفقت على نفسها وعلى ولدها^(٢) .
قال ابن حبيب : وتضرب بما أنفقت على نفسها في الفلوس والموت ، قاله مالك وابن القاسم^(٣) .

وقال مالك أيضا : تضرب في الفلوس لافي الموت .

قال مالك : وإنما تضرب بما أنفقت في غيبته من يوم ترفع ذلك إلى السلطان إلى يوم مات أو فلس ، وما كان قبل ذلك فلا ، لأنها من يوم يحكم لها بالنفقة لا يقبل قول الزوج بعد ذلك أنه كان يبعث إليها بالنفقة ، لكنها تحلف أن ما ذكر باطل ، وتبرأ من دعواه^(٤) .

وكذلك قال مالك في كتاب ابن المواز : أنها إنما تحاص بما أنفقت بعد أن رفعت إلى السلطان ، لا ماأنفقت قبل ذلك^(٥) .

(١) انظر : المدونة ٢/٢٥٨ ، ٢٦٠ .

(٢) انظر : التواجر والزيادات ل ٢٧٥/أ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٢٧٤/ب ، ٢٧٥/أ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٥٩ .

(٥) انظر : التواجر والزيادات ل ٢٧٥/أ .

ومن العتبية : قال سحنون في زوجة الغائب تنفق من مالها على نفسها : أنها تحاص غرماء بما أنفقت على نفسها في الدين المستحدث ، فأما في دين قبل نفقتها فلا تحاص به ^(١) .

ابن حبيب : فإذا رفعت امرأة الغائب أمرها إلى الإمام في النفقة ، وله مال حاضر ، حلفها أنه ماترك لها نفقة ، ولا بحث إليها نفقة ، ولا وضعتها عنه ثم فرض لها .

قال : والغائب أبداً من أهل النفقة حتى تثبت بينة أنه عديم من يوم خرج ، أو أعدم في وقت يذكره فتزول عنه في عدمه ، وإذا خرج مُعديماً فالقول قوله أنه كذلك - يعني وعليها هي البينة بملائته - وإن خرج ملئاً فعليه البينة أنه أعدم ، فإن أشكل أمره يوم خرج فعليه البينة أنه معدم في غيبته ، قاله ابن الماجشون في ذلك كله ^(٢) .

وقال ابن المواز عن ابن القاسم : إن قدم معسراً وقال : ما زلت كذلك منذ غبت ، وأكذبت ، فهو مصدق مع يمينه حتى تقوم بينة بخلافه .
ولو قدم موسراً وادعى مثل ذلك لم يصدق إلا ببينة ^(٣) .
وقال في العتبية عن ابن ركنانة ^(٤) وسحنون : إذا قدم وقال : كنت مُعديماً في غيبي ، فالقول قوله ، وعلى المرأة البينة ^(٥) .

(١) لأنه لم يكن موسراً حين أنفقت وعليه دين يحيط بماله ، وإنما النفقة لها إذا كان موسراً .

انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٥٨/٥ .

(٢) النوادر والزيادات ل ٢٧٤/أ ، ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٢٧٤/ب .

(٤) هو أبو عمرو عثمان بن عيسى بن كنانة ، كان من فقهاء المدينة ، أخذ عن مالك ، توفي بمكة سنة ١٨٦هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٢٩٢/١ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٧٤/ب .

ومن المدونة : قال : فإن أنفقت عليه في ذاته وهو حاضرٌ مليٌّ أو معدومٌ فلها اتباعه بذلك إلا أن يُرى أن ذلك بمعنى صلة ، وكذلك^(١) من أنفق على أجنبيٍّ مدةً فله اتباعه بما أنفق ، إلا أن يُرى أنه أراد بذلك معنى الصلة والضيافة فلا شيء له ، ومن قضى له بذلك لم يأخذ بما أنفق من السرف كاللدجاج والحراف ونحوه ، ولكن بنفقةٍ ليست بسرف^(٢) .

فصل [٩ - في الرجوع على الصبي بما أنفق عليه]

ومن أنفق على صبيٍّ صغيرٍ لم يرجع عليه بشيءٍ إلا أن يكون للصبي مالٌ حين أنفق عليه - يريد والمنفق به عالم - فيرجع بما أنفق عليه في ماله ذلك ، فإن تلف ذلك المال وكبر الصبي فأفاد مالاً لم يرجع عليه بشيءٍ^(٣) .
قال مالك : وإذا أنفق الوصي التركة على الطفل ثم طرأ دينٌ على أبيه يغترقها ولم يعلم به الوصي فلا شيء عليه ولا على الصبي وإن أيسر الصبي^(٤) .
وقال المخزومي : يتبع الصبي بما أنفق عليه ، لأن صاحب الدين لم ينفقه على اليتيم فيرى أن ذلك منه حُجبة^(٥) . /

فصل [١٠ - في قدرة الرجل على نفقة امرأته دون ولده]

وإذا قوي الرجل على نفقة امرأته دون صغار ولده منها لم تطلق عليه ، إذ لا تلزمه النفقة على ولده إلا في يسره ، ويكون الولد من فقراء المسلمين^(٦) .

(١) في أ ، ب زيادة "يعرف" .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٥٩ ، تهذيب المدونة ص ٩١ .

(٣) ، (٤) ، (٥) ، (٦) انظر : المدونة ٢/٢٥٩ ، ٢٦٠ ، تهذيب المدونة ص ٩١ .

فصل [١١ — في محاصة الرجل بالدين على امرأته]

ومن له عسى امرأته دينٌ وهي معسرةٌ فلا يحاصها به في نفقتها ، وعليه أن يتفق عليها ، ويتبعها بدينه ، وإن كانت مليئةً فله محاصتها بدينه في نفقتها^(١) .

فصل [١٢ — في اختلاف الزوجين في قدر النفقة المفروضة]

وإذا فرض القاضي للزوجة ثم مات ، أو عَزَلَ ، فادعت امرأةً قدرًا ، وادعى الزوج دونه ، فالقول قوله إذا أشبه نفقة مثلها ، وإلا فقولها فيما يشبه ، فإن لم يأتيا بما يشبه ابتداءً لها الفرض^(٢) .

فصل^(٣) [١٣ — في اختلافهما في ثوب أنه هدية أو نفقة مفروضة]

ومن دفع إلى زوجته ثوباً فادعت أنها أخذته هدية ، وقال الزوج : بل في فرضك ، فالقول قوله إلا أن يكون الثوب لا يفرض مثله لمثلها فالقول قولها^(٤) .

فصل [١٤ — في تلف النفقة بعد القبض ، وموت أحد الزوجين بعده ، وفرض النفقة على الغائب]

وإذا قبضت نفقة شهرٍ قُلت قبل الشهر أو أُنْفَذَتْها ، أو تُخَرِّقَت الكسرة ، أو سُرِّقَت قبل مدتها ، فلا شيء لها عسى الزوج ، وكذلك إن دفع إليها نفقة سنةٍ

(١)، (٢) انظر : المدونة ٢/٢٦٠، ٢٦١ ، تهذيب المدونة ص ٩١ .

(٣) هذا الفصل ساقط من أ ، ب .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٦١ ، تهذيب المدونة ص ٩١ .

عنها أو عن ولدها فقد ضمنتها بالقبض ، وإن هلك الزوج أو هكت الزوجة قبل المدة رجع الزوج بما بقي في المحاسبة^(١) .

ومن كتاب القذف : قال مالك : فإذا دفع إليها نفقة سنة أو كسوتها بفريضة قاضٍ أو بغير فريضة ، ثم مات أحدهما بعد يوم أو يومين أو شهر أو أشهر فترد بقية النفقة بقدر ما بقي من السنة ، واستحسن في الكسوة ألا ترد إذا مات أحدهما بعد أشهر .

قال ابن القاسم : وأما بعد عشرة أيام وغوها فهذا قريب^(٢) .
ووجه ما قال مالك^(٣) إذا مضت الأشهر .

قل سحنون : ولا يعتدل هذا ، يعطيها الكسوة تلبسها ثلاثة أشهر لاتتبع بشيء .

ومن النكاح^(٤) قال : ولا يفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مالٌ يُعَدُّ فيه ، وتباع فيها عروضه وربُّعه إن لم يكن له عين ، ولا يؤخذ منه بما تأخذ كفيل ، ويبقى الزوج على حجته إذا قدم ، وهكذا يُصنع فيه إذا أقيم عليه بسين وهو غائب ، وإن كان للزوج ودائعٌ وديونٌ فرض^(٥) للزوجة نفقتها في ذلك ، ولها أن تقيم البينة على من جحد ذلك من غرمائه أن لزوجها عليهم ديناً ، ويقضي عليهم بنفقتها ، وكذلك لمن قام عليه بدين ، وإذا لم يكن للزوج مالٌ يُعَدُّ فيه فنُفقت من عندها حتى قدم ، فإن كان في غيبته مليئاً رجعت عليه وإلا فلا^(٦) .

قال ابن حبيب : وإذا خرج معدماً فالقول قوله أنه كذلك بقي في غيبته ، وعليها البينة بماله ، وإن خرج ميبئاً أو أشكل أمره^(٧) يوم خرج فعليه البينة أنه^(٨)

(١) انظر : المدونة ٢/٢٦١ ، تهذيب المدونة ص ٩١ .

(٢) انظر : المدونة ٦/٢٠٤ .

(٣) أي في عدم رد الكسوة .

(٤) أي ومن كتاب النكاح .

(٥) في أ ، ب "فإن" .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٦١ ، تهذيب المدونة ص ٩١ .

(٧) في أ ، ب زيادة "من" .

(٨) في أ ، ب "إن" .

كان^(١) معدماً في غيبته ، وقاله ابن الماجشون في ذلك كله^(٢) (٣) .

فصل [١٥ — في نفقة المجوسية إن أسلم زوجها]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أسلم المجوسي فلان نفقة لزوجته المجوسية ، إذ لا تؤخر إما أن تسلم وإلا فَرَّق بينهما^(٤) .

فصل [١٦ — في التفريق بين الزوجين للعجز عن النفقة وما يضرب للزوج من الأجل]

قال مالك : كان من أدركت يقولون : إنه إذا لم ينفق الرجل على امرأته فرق بينهما^(٥) .

قال ابن القاسم : وإذا لم يقدر الزوج على نفقة امرأته وهما حران أو عبدان أو أحدهما ولم ترض الزوجة بالمقام معه تلوم له الإمام ، فإن قدر على نفقتها وإلا فرق بينهما .

قال مالك : والناس في هذا مختلفون ، منهم من يطمع له بقوة^(٦) ومنهم من لا يطمع له^(٧) .

ابن وهب : وأمر عمر بن عبد العزيز أن يضرب للزوج في التلوم في النفقة أجل شهر أو شهرين ، وقاله سعيد بن المسيب ، قالوا : فإن لم ينفق عليها إلى ذلك الأجل فرق بينهما .

(١) "كان" ليست في ز .

(٢) "في ذلك كله" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ٢٧٤/ب .

(٤) انظر : المدونة ٢٦٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩١ .

(٥) انظر : المدونة ٢٦٣/٢ .

(٦) "بقوة" ليست في ز .

(٧) انظر : المصر نفسه ٢٥٨/٢ .

قيل لابن المسيب : يا أبا محمد : أَسَنَّةٌ هَذِهِ؟ فَأَقْبَلَ بِوَجْهِهِ كَالْمُغْضَبِ ، وَقَالَ :
سُنَّةٌ ، سُنَّةٌ ^(١) ، نَعَمْ سُنَّةٌ ^(٢) .

قال عبد الوهاب : وقيل : يَتْلُوْهُ لَهُ الْإِمَامُ الْأَيَّامُ الْيَسِيْرَةَ كَالثَّلَاثَةِ / وَنَحْوَهَا ،
فَإِنْ أَنْفَقَ وَإِلَّا طَلَّقَتْ عَلَيْهِ قَالَ : وَإِنَّمَا قُنَا : إِنَّهُ يَفْرُقُ بِالْإِعْسَارِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ ^(٣)
لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿وَلَا تَضَارُّوْهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ ^(٤) ، وَفِي إِمْسَاكِه إِيَّاهَا بِغَيْرِ إِنْفَاقٍ
ضَرَرٌ بِهَا وَتَضْيِيقٌ عَلَيْهَا .

وقوله تعالى : ﴿فَإِمْسَاكِنَّ مَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِجِيْنَ يٰأَحْسَنُ﴾ ^(٥) ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : "تَقُولُ لَكَ أَمْرَاتُكَ : أَنْفَقَ عَلَيَّ أَوْ طَلَّقْنِي" ^(٦) ، وَلَئِنْ لِنَفَقَةٍ فِي
مَقْبَلَةِ الْإِسْتِمْتَاعِ ، فَلَمَّا كَانَتْ إِذَا أَنْشَرَتْ لَانْفَقَةٍ لَهَا لَمَنْعِهَا الْإِسْتِمْتَاعَ كَانَ لَهَا إِذَا لَمْ
تَجِدْ النِّفْقَةَ مَفَارِقَتَهُ ، وَلَئِنَّهُ لَمَّا كَانَ لَهَا مَفَارِقَتَهُ فِي الْإِيْلَاءِ وَالْعِيْنَةِ وَضَرَرُهَا أَيْسَرُ مِنْ
ضَرَرِ النِّفْقَةِ كَانَ فِي عَدَمِ النِّفْقَةِ أَوْلَى ^(٧) .

فصل ١٧ - في إنفاق الزوج الفقير ، وإنفاق السيد على أم ولده ومدبره]

ومن المدونة : قال يحيى بن سعيد : وإذا افتقر الزوج ووجد ما يقيمها به من
الخبز والزيت وخليط الثياب لم يفرق بينهما .

(١) "سنة ، سنة" ليست في ز .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢٦٣، ٢٦٢/٢ .

(٣) انظر : مختصر القفوري مع شرحه الباب ٩٦/٢ .

(٤) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٦) سبق تخرجه ص ٢٨٢ .

(٧) انظر : المعونة ٧٨٥/٢ .

قال ربيعة : وأما الشُّمْلَةُ^(١) والعباءة^(٢) فعسى أن لا يؤمر بكسوتها .
- قال الشيخ : يريد ولا يجزئه ، وليس عليه خدامٌ إلا في يسره ويتعاونان
على^(٣) الخدمة في عُسره .

قال ابن القاسم : وليس على المرأة من خدمة بيتها شيء^(٤) .
قال ابن المواز : قال مالك : فإن علمت المرأة أنه فقيرٌ عند نكاحه إياها فيها
عليه القيام بالنفقة ، إلا أن تعلم أنه من السُّؤَالِ^(٥) قبل نكاحه فلا حجة لها^(٦) .
قال الشيخ : وروي لنا عن أبي بكر بن عبد الرحمن في الرجل لا يجد ما ينفق
على أم ولده ، أو يغيب إلى بلدٍ ولا يترك لها نفقة ، فقال : تعتق عليه ولا تزوج ،
لأن تزويج السيد إياها مكروه ، فكيف يأمر الحاكم بفعلٍ مكروه^(٧) .
وذكر عن أبي بكر بن اللبّاد عن يحيى بن عمر أنه قال : إذا لم يكن في
عملها ما يكفيها في نفقتها فلتعتق عليه .

قال أبو بكر : وكذلك^(٨) قال أشهب : تعتق عليه^(٩) .
وقال بعض القرويين : تزوج عليه إن كان غائباً ، أو يزوجه هو إن كان
حاضراً و عجز عن نفقتها ، لأننا نجد سبيلاً إلى النفقة بهذا فهو أولى من إخراجها
عنه بالعتق .

-
- (١) الشُّمْلَةُ : كساءٌ صغيرٌ يؤتزّر به . المصباح المنير ص ٣٢٣ .
(٢) العباءة : بفتح العين كساءٌ عريضٌ يلبس فوق الثياب . معجم لغة الفقهاء ص ٣٠٣ .
(٣) في ز " في " .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٦٣ ، تهذيب المدونة ص ٩١ .
(٥) السُّؤَال جمع السائل ، قال في النسان : والفقير يسمى سائلاً ، وجمع المسائل الفقير سُؤَال .
انظره ، مادة (سَأَلَ) .
(٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٧٣/ب .
(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٢١/ب .
(٨) في أ ، ب "لذلك" .
(٩) انظر : المصدر نفسه ل ٢١/ب .

قال : والمدير إذا لم يكن في خدمته وإجارته كفاية نفقته ، ولم يجد السيد ما ينفق عليه فإنه يعتق عليه^(١) ^(٢) .
وذكر أبو عمران عن الصَّيرفي^(٣) في سماع ابن القاسم : إذا أعسر الرجل لخدمة امرأته طلقته عليه .

(١) "عليه" ليست في أ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل ٢١/ب .

(٣) هو أبو علي الحسين بن أيوب بن سيمان ، المعروف بالصيرفي ، كان من وجوه المالكية .
مُتَقَدِّماً فيهم ، توفي سنة ٣٥٥ هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢/٢٩٤ .

[الباب العشرون] في العنين والمجنون والأجذم وتأجيلهم

[فصل ١ — في الحكم إن كان الزوج عَنِناً أو مجنوناً]

وقضى عمر وابن مسعود رضي الله عنهما في الرجل يني بامرأته فلا يستطيع أن يمسه أن يضرب له أجل سنة من يوم ترافعه ، فإذا مضت سنة ولم يصبها اعتدت وكانت طلاقاً بائنة^(١) ، وقاله ابن المسيب^(٢) وابن يَمَّار^(٣) ^(٤) .
قال عمر : وكذلك المجنون يُضرب له أجل سنة يتداوى فيها ، فإن برئ وإلاَّ فرق بينهما^(٥) .

قال مالك : والعنن الذي يؤجل هو المعترض عن امرأته ، وإن أصاب غيرها من حرمة أو أمة يضرب له السلطان أجل سنة من يوم ترافعه ، فإن لم يصبها في الأجل فإم رضيت بالمقام معه وإلا فرق بينهما بتطبيقه واعتدت ؛ لأن العدة حق لله لأنه قد خلا بها ، ولو كان في ذلك^(٦) ولدٌ كَحَقَّ به إلا أن ينفيه بلعان ولا رجعة له لأنه قبل الدخول ، ولها الصداق لطول المدة .

قال مالك : وقال ناس : لها نصفه ، وإنما أرى لها نصفه إذا طلقها هو بقرب البناء^(٧) .

(١) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب أجل العنين ٢٥٣/٦ رقم (١٠٧٢٢، ١٠٧٢٠) .

(٢) أخرجه مالك ، كتاب طلاق ، باب أجل الذي لا تمس امرأته ٤٥٧/٢ رقم (٧٤) .

(٣) هو سليمان بن يسار المدني ، مولى أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث الهلالية ، عا لم المدينة ومفتيها ، فقيه ، إمام ، ثقة ، كثير الحديث ، روى عن زيد بن ثابت وأبي واقد الليثي وأبي هريرة وابن عمر وعائشة وميمونة وغيرهم ، توفي سنة ١٠٧ هـ .

انظر : الطبقات ١٣٢/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٧٣/٥ ، شذرات الذهب ١٣٤/١ .

(٤) انظر : الملونة ٢٦٤/٢ .

(٥) أخرجه سعيد بن منصور ، باب ما جاء في العنين ٥٤/٢ رقم (٢٠١٩) .

(٦) "في ذلك" ليست في ز .

(٧) انظر : الملونة ٢٦٤، ٢٦٣/٢ ، تهذيب الملونة ص ٩١ .

قال عبد الوهاب : وفي تكميل الصداق روايتان ، إحداهما : أنه يكمل ،
والأخرى : أنه إن طال مقامه معها وتلذذه بها أكمل لها ، وإن كان بحدّ ثانٍ دخوله
لزمه نصفه .

فوجه الإطلاق : فلأنها فعلت ما يلزمها من التمكين ، فعجزه عن استيفاء
حقه لا يسقط ماوجب لها .

ووجه التفصيل : أنه دخل على / أنه يستمتع بلاوطء ، فلا يجوز أن يكمل
عليه الصداق من غير استيفائه ذلك ، وأما إن طال إقامة وتلذذه فقد استمتع ،
فأشبهه السليم^(١) إذا وطئ فيه بقرب البناء^(٢) .

قال الشيخ : قال ابن الماجشون وغيره : وإنما الذي لا يؤجل وتطلق عليه
مكانه مثل المحبوب والعين غير المعترض فلا صداق لها : لأن الفراق من قبيلها . وهذا
إذا كان بقرب البناء .

وقال ابن حبيب : حال العين والحضور والمعترض مختلف ، فالعين :
الذي^(٣) لا ينتشر ، ذكره كالأصبع في جسده ، لا ينقبض ولا ينسط ، والحضور :
الذي يخلق بغير ذكر ، أو بذكر صغير كالزّر^(٤) وشبهه ، لا يمكنه به وطء ، فهذان إن
أقرا بحاحهما فطلبت الزوجة الفراق فرّق بينهما بطلقة ، وكذلك المحبوب ، ولأنما جيل
فيهم ، وإنما يؤجل المعترض ، فيؤجل سنة من يوم ترافعه إذا أقر بالاعتراض ، فإذا
تمت السنة ولم ينطلق من اعتراضه وطلبت زوجته الفراق طلق عليه السلطان طلبةً
بائنة^(٥) .

قال عبد الوهاب : العين الذي له ذكرٌ شديد الصغر لا يمكن الجماع بمثله^(٦)
والمعترض : هو الذي لا يقدر على الوطء لعلّة به ، وهو بصفة من يمكنه الوطء^(٧) .

(١) في جميع النسخ "السليم" .

(٢) انظر : المعونة ٧٧٩/٢ .

(٣) "الذي" ليست في ز .

(٤) الزّر هو واحد أزرار اقميص ، وهو أيضاً واحد الأزرار التي تشتد بها الكُلل والستور . انظر :
اللسان ، مادة (زَرَر) .

(٥) انظر : النواذر والزيادات ل ٢٥٦/١ .

(٦) في ز "لا يمكنه الجماع معه" .

(٧) انظر : المعونة ٧٧٥/٢ .

[فصل ٢ — في الأجل الذي يضرب للمعترض]

قال^(١) : ويضرب للمعترض أحل سنة للحر من يوم تراقعه ، وللعبد ستة أشهر ، وقيل : سنة ، فإن أصاب في الأجل وإلا طلق عليه السلطان^(٢) ، وإنما قلنا : يضرب للمعترض الحر أجل سنة ، لإجماع الصحابة على ذلك ، روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وغيرهم^(٣) ، ولا يخالف لهم ، ولأن الاعتراض مرضٌ يرجى برؤه ، فضرب له السنة لرجاء علاج ، إذ قد يكون مرضاً يؤثر فيه الزمان ، والسنة تجمع الفصول الأربعة ، فعلة بالانتقال من زمانٍ إلى زمانٍ يزول عنه ، ولأنها قد جعلت حداً في النكاح وغيره لاختبار أمورٍ منها : طول إقامة البكر عند الزوج ، وعهدة الرقيق في الأدواء^(٤) ، وغير ذلك .

وأما العبد فوجه القول بأنه سنة^(٥) : اعتباراً بالحر ، ولأن الغرض اعتباره بتأثير الأزمنة في مرضه ، وذلك يستوي فيه الحر والعبد .

وجه القول بأنه ستة أشهر : لقربه من الفراق كأجل الإيلاء .

وإنما قلنا : إن الأجل من يوم تراقعه بخلاف المولي نفس الإيلاء ، لأن المولي لا عذر له في أن يستأنف له الأجل ، لأنه قادرٌ على رفع الإيلاء ، فهو في تماديهِ عليه مضارٌ ، والمعترض لا يقدر على رفع اعتراضه ، وهو معذورٌ بترك العلاج ، لأنه يقول : لم أعلم أنها تراقعني ، فكنت أقدم الاجتهاد في العلاج^(٦) .

(١) أي عبد الوهاب .

(٢) "السلطان" ليست في ز .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب أجل العنين ٢٥٤، ٢٥٣/٦ رقم (١٠٧٢١، ١٠٧٢٣، ١٠٧٢٥) .

(٤) أي الأدواء الثلاثة وهي : الجنون والجذام والبرص كما تقدم بيانه ص ٣٠ .

(٥) أي بأنه يؤجل سنة .

(٦) انظر : المعونة ٧٧٧، ٧٧٦/٢ .

[فصل ٣ - في تداعي الزوجين في الجماع]

قال^(١) : ولا يُحكم بالعتة بدعوها إذا أنكر . خلافاً لأحمد بن حنبل^(٢) . لأن الأصل^(٣) السلامة ، والدعويان إذا تعارضا وإحدهما ترفع العقد أو^(٤) تُثبت خیاراً فيه فالقول قول مدعي الصحة والاستقرار منهما^(٥) كدعوى عيب بالمبيع ، وكذلك إذا قال : جامعتهما في الأجل . وأنكرت^(٦) فالقول^(٧) قوله مع يمينه إن كانت ثيباً ، خلافاً للأوزاعي ، لأنها مدّعية عليه استحقاق الفراق وهو منكر ، ولأن ذلك موكولٌ إلى أمانته ، إذ لا يقدر على الإشهاد على وطئه ، كما أن القول قوفاً في تداعيهما الميسيس .

وأما البكر ففيها روايتان :

إحدهما : أنها كالثيب ، والأخرى : أن ينظر إليها النساء فإن قلن : بها أثر إصابة ، فالقول قوله ، وإن قلن : إنها على النكاح ، صدّقت عليه ، وبهذا قال أبو حنيفة^(٨) والشافعي^(٩) ، فوجه أنها كالثيب : لأن إدعاء المعارض الوطء في الأجر موكولٌ إلى أمانته كالثيب ، ووجه الأخرى : أنه إذا وجدنا طريقاً يوصل إلى العلم بذلك يقيت فهو / أولى من الرجوع إلى أمانته وما لا يعلم صدقه فيه^(١٠) .

[٩٠/ب]

(١) أي عبد الوهاب .

(٢) انظر : مختصر الخرقى من مسائل الإمام أبي أحمد بن حنبل ، تأليف أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقى ، تحقيق زهير الشاويش (بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٣هـ) ص ٩٨ .

(٣) في أ ، ب زيادة "على" .

(٤) في ز "أو" بدل "أو" .

(٥) "منهما" ليست في ز .

(٦) "وأنكرت" ليست في أ .

(٧) في ز زيادة "قوله" .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨٣ ، تحفة الفقهاء ٢/٢٢٦ .

(٩) انظر : الأم ٦٥/٥ .

(١٠) انظر : المعونة ٢/٧٧٧، ٧٧٨ .

ومن المدونة : وإذا قال المعارض في الأجل : جامعتها ، وأكذبته^(١) ، فقد نزلت بالمدينة فتوقف فيها مالك ، وأفتى غيره بالمدينة أن تجعل الصفرة في قبيلها ، وقال ناسٌ : يجعل النساء معها .

قال ابن القاسم : إلا أنني رأيت وجه قول مالك : أن يدين الزوج في ذلك ويحلف ، وسمعت منه غير مرة ، وهو رأيي ، فإن نكل حلفت المرأة وفرق بينهما ، فإن نكلت بقيت له زوجة^(٢) .

فصل [٤ - في الحكم إن حدث الاعتراض أو الجنون أو الجذام بعد النكاح]

قال مالك : ومن تزوج امرأة فوطئها مرة واحدة في ذلك النكاح ، ثم اعترض عنها أو حدث له ما يمنعه الوطء من علة أو زمانة^(٣) فلا حجة لها^(٤) .

وقد تقدم في كتاب النكاح الأول^(٥) ذكر امرأة الخصي والمحبوب والعنين تعلم به فتركه ثم ترافعه قال : فلا كلام لامرأة الخصي والمحبوب ، قال : فأما امرأة العنين فلها أن ترافعه ويوحد سنة ، لأنها تقول : تركته لرجاء علاج أو غيره ، إلا أن يتزوج بها وهي تعلم أنه لا يأتي النساء رأساً فلا كلام لها .

قال في الثاني^(٦) : ويجوز ضرب ولادة المياه وصاحب الشرطة الأجل للعنين والمفقود .

(١) "وأكذبته" ليست في ز .

(٢) انظر : للمدونة ٢/٢٦٥، تهذيب المدونة ص ٩١ .

(٣) الزمانة : بالتحريك من زمن ، هي المرض الذي يدوم زماناً طويلاً .

انظر : المصباح المنير ص ٢٥٦ .

(٤) انظر : للمدونة ٢/٢٦٥ .

(٥) انظر ص ١٧١ .

(٦) أي في كتاب النكاح الثاني ، وهو في المدونة المطبوعة الرابع .

ومن تزوج امرأة فوصل إليها مرة ثم طلقها ثم نكحها ثانية فاعترض عنها فلها مرافعة وضرب الأجل^(١) .

قال عبد الوهاب : ولو طلق عليه أولاً بالاعتراض ثم تزوجته بعد ذلك عالمةً بعيه فلها أن ترافعه ، ويضرب له الأجل ثانية ، بخلاف الخصي والمحبوب ، لأن الاعتراض مرضٌ يرجى زواله ، فإذا تزوجته تقول : رجوت أن يكون قد زال مرضه عنه ، فلم يوجب ذلك رضاها به لاحالة^(٢) .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا حدث بالزوج جنوناً بعد النكاح عُرِلَ عنها وأجل سنةً لعلاجها ، فإن صح وإلا فرق بينهما ، وقضى به عمر رضي الله عنه^(٣) .

قال ربيعة : إن كان يؤذيها ولا يعفيها من نفسه لم توقف عليه ، ولم تحبس عنده ، وإن كان يعفيها من نفسه^(٤) ولا يرهقها بسوء صحته لم يجز طلاقه إياها .

قال مالك : والمجذوم اليقن جُذَامَه يفرق بينه وبين امرأته إذا طلبت ذلك .

قيل لابن القاسم : فهل يضرب له أجل سنةً للعلاج مثل المجنون؟

فقال : إن كان ممن يرجى برؤه وقدر على العلاج فليضرب له الأجل^(٥) .

ابن المواز : قال مالك : وإذا اختارت الزوجة فراق الزوج لما حدث به بعد العقد من جنونٍ أو جُذَامٍ فلا صداق لها إذا فرق بينهما قبل البناء^(٦) .

(١) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٦٥، ٢٦٦ .

(٢) انظر : المعونة ٢/٧٧٩ .

(٣) سبق تخريجه ص ٣٠٢ .

(٤) "من نفسه" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٦٦ ، تهذيب المدونة ص ٩١ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٥٤/ب .

[الباب الحادي والعشرون] في اختلاف الزوجين في متاع البيت

قال الله تعالى : ﴿ خُذْ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ ^(١) ، فالعرف أصلٌ يُقضى به .
قال مالك : وإذا اختلف الزوج والمرأة في متاع البيت وقد طلقها ، أو لم يطلقها أو ماتا أو مات ^(٢) أحدهما فاختلف الورثة ، فإن لم تقم بينةً قضي للمرأة بما يُعرف أنه للنساء .

- قال ابن حبيب : مع يمينها ^(٣) - .

مالك : ويقضى للرجل بما يُعرف أنه للرجال ، أو للرجال والنساء ، لأن البيت بيته ^(٤) .

ابن حبيب : مع يمينه .

وقال سحنون : يغير يمين فيما يُعرف لأحدهما ، وما كان يُعرف لهما فهو للزوج مع يمينه .

مالك : فإن نكل حلفت المرأة وكان لها .

وقال المغيرة : ما كان يعرف بالرجل ويعرف بالمرأة فهو بينهما بعد أمانتهما ، وقاله ابن القاسم ^(٥) .

ومن المدونة : قال مالك : وما ولي الرجل شراؤه من متاع النساء وأقام

بذلك / بينةً أخذه يمينه أنه ما اشتراه إلا لنفسه ، إلا أن يكون لها أو لورثتها بينةً أنه اشتراه لها .

قال مالك : وما كان في البيت من متاع الرجل فأقامت المرأة فيه بينةً أنها

اشتريته فهو لها - يريد مع يمينها أنها اشترته لنفسها - وورثتها في اليمين والبيتة بمنزلتها

(١) سورة الأعراف : آية ١٩٩ .

(٢) "مات" ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٢٧٧/٢ .

(٤) انظر : المتن ٢٦٦/٢ ، ٢٦٧ .

(٥) انظر : التوارد والزيادات ل ٢٧٧/ب .

إلا أنهم إنما يحلفون على علمهم أنهم لا يعلمون أن الزوج اشترى هذا المتاع الذي يدعي من متاع النساء ، ولو كانت المرأة حية حلفت على البتات ، وورثة الرجل بهذه المتزلة .

قال : والمتاع الذي يعرف للنساء مثل : الطَّسْتِ^(١) والتَّوْرِ^(٢) والمنَّارة^(٣) والبَسْطِ والْقَبَابِ^(٤) والحِجَالِ^(٥) والوسائد والمرافق^(٦) والأسرة والفُرْش .

قال ابن القاسم : وجميع الحلي لاشي للرجل فيه إلا السيف والمنطقة^(٧) والخاتم - يريد الفضة - وللرجل جميع الرقيق ذكراناً وإناثاً ، لأن الذكور مما يكون للرجال ، والإناث مما يكون للرجال والنساء ، فالرجل أولى بهن ، إلا أن يكون للمرأة فيهم حِيزَةٌ تُعَرَّفُ ، فيكونون لها .

قيل لابن القاسم : فالحيوان : الإبل والبقر والغنم والدواب ؟

قال : هذا مما لم يتكلم الناس فيه ، لأن هذا ليس من متاع البيت ، وإنما هو لمن حازه ، وكذلك ما كان في المرعى أو ما كان في المرباط من خيل أو بغال أو حمير

(١) الطَّسْتُ : بكسر فسكون لفظ معرب ، إناءٌ كبيرٌ مستديرٌ يوضع فيه الماء للغسل ونحوه . معجم لغة الفقهاء ص ٢٩١ .

(٢) التَّوْرُ : بناء منقوطة اثنتين : هو قدرٌ من نحاس يستحق فيه الماء وأكثر ما يجبه أهل السفر . شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٦٣ .

(٣) المنَّارة : هي الشمعة ذات السراج ، وقال ابن سيده : هي التي يوضع عليها المراج . انظر : اللسان ، مادة (تَوْر) .

(٤) الْقَبَابُ : جمع قُبَّة ، وهي تطلق على البيت المدور ، وهو معروفٌ عند التركمان والأكراد ويسمى الخَرْقَاة . المصباح النمر ص ١٢٢ .

(٥) الحِجَالُ : جمع حِجْلَةٍ ، وهي ضربٌ من الستور تجعل أمام الأسرة . شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٨٦ .

(٦) الْمَرَفِقُ : جمع مِرْفَق ، وهي التَّكَا والمَخْدَةُ ، يقال : تَرَفَّقَ عليه وارتَفَّقَ ، أي اتَّكأ . انظر : اللسان ، مادة (رَفَقَ) .

(٧) الْمِنْطَقَةُ : بكسر الميم وفتح الطاء واحدة المناطِق ، قال الخليل في كتاب العين : الْمِنْطَقُ وَالْمِنْطَقَةُ : ما شَدَّدَتْ بِهِ وَسْطُكَ . تنبيه الطالب لفهم ابن الحاجب ص ١٧٧ .

فهي لمن حازها ، ولأبالي في هذا الاختلاف كانت رقبة الدار لهما أو لغيرهما ، وإن اختلفا في الدار بعينها كانت للرجل^(١) .

قال في الواضحة : والخُصُّ^(٢) كالدار^(٣) .

ابن القاسم : وكذلك إن كان الزوجان عبيد أو أحدهما عبد أو مكاتب والآخر حر ، أو كان الزوج مسلماً وهي كافرة ، فاختلعا في متاع البيت وهما زوجان ، أو عند طلاق أو خلع أو لعان أو فراقٍ بإيلاءٍ أو غيره ، فهما في ذلك كالحرين فيما وصفنا^(٤) .

ومن المختصر عن مالك : وما نسجته هي من الصوف ، والصوف من عنده فهو بينهما ، لها بقدر قيمة العمل ، وله بقدر قيمة صوفه^(٥) .

(١) انظر : المدونة ٢/٢٦٧، ٢٦٨ ، تهذيب المدونة ص ٩١ ٩٢ .

(٢) الخُصُّ : بضم الخاء ، يثُّ يُعمل من الخشب والقصب ، سُمي به لما فيه من الخِصَاص : أي الفروج والثقوب ، جمعه أَخْصَاصٌ وَخُصُوصٌ وَخِصَاصٌ .

انظر : معجم لغة الفقهاء ص ١٩٦ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٧٨/١ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٦٨ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٧٨/١ .

[الباب الثاني والعشرون] في القسم بين الزوجات

[فصل ١ — في مشروعية القسم بين الزوجات وبيان المراد به]

قال الله تعالى : ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ﴾ (١) الآية .

قال عبد الوهاب : فيلزم الزوج العدل بين نسائه في القسم في الصحة والمرض بحسب الإمكان من غير ميل ولا حور ، لقوله تعالى : ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْكَرَّوْفِ﴾ (٢) ، وقوله عليه الصلاة والسلام : "من كان له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه مائل" (٣) (٤) .

ومن المدونة : قال مالك : فالقسم بين الزوجات يومٌ لا أكثر ، ويعدل في البيت .

قال ابن القاسم : ولم يبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا عن أحدٍ من أصحابه أنه قسم إلا يوماً بيوم (٥) ، وقد كان عمر بن عبد العزيز رُماً غاضب

(١) سورة النساء : آية ١٢٩ .

(٢) سورة النساء : آية ١٩ .

(٣) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في القسم بين النساء ٦٠١/٢ رقم (٢١٣٣) ، والزمذني ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في لتسوية بين الضرائر ٤٤٧/٣ رقم (١١٤١) ، والنسائي ، كتاب عشرة نساء ، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض ٤٥/٧ رقم (٣٩٤٢) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب القسمة بين النساء ٦٣٣/١ رقم (١٩٦٩) ، وابن حبان ، كتاب النكاح ، باب القسم ٢٠٤/٦ رقم (٤١٩٤) ، وصححه ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢٠٣/٢ رقم (٢٧٥٩) وصححه ووافقه الذهبي .

(٤) المعونة ٨١٨/٢ .

(٥) كما أخرج مسلم عن أنس رضي الله عنه أنه قال : كان للنبي صلى الله عليه وسلم تسع نسوة فكان إذا قسم بينهما لا ينتهي إلى المرأة الأولى إلا في تسع ، فكان يجتمعن كل ليلة في بيت النبي يأتيها . الحديث . -

بعض نسائه فيأتيها في يومها فينام في حجرتها ، فلو كان يجوز أن يقسم يومين بيومين أو أكثر لأقام عند التي هو راضٍ عنها فإذا رضي عن الأخرى أوفأها أيامها^(١) .

قال مالك : وإن نكح بكرةً أو ثيباً أقام عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثاً . قال ابن القاسم : وذلك حقٌّ لها دون نسائه ، ثم يأتنف القسم ، وليس ذلك بيد الزوج^(٢) .

وذكر أشهب عن مالك أن ذلك بيد الزوج^(٣) . / [٩١/ب]
قال عبد الوهاب : فوجه القول بأنه حقٌّ لها عليه : ما روي أنه عليه الصلاة والسلام جعل للبكر سبعاً وللثيب ثلاثاً^(٤) ، ولأن الغرض تأنيبها وبسطها وذهاب انقباضها ، وهذا حقٌّ لها .
ووجه القول بأنه حقٌّ له : أنه معنى يعود إلى الالتذاذ ، فكان حقاً له غير مُستحقٍّ عليه كعدد الوطء^(٥) .

-
- كتاب الرضاع ، باب القسم بين الزوجات ، وبيان أن السنة أن تكون لكل واحدة ليلة مع يومها ١٠٨٤/٢ رقم (١٤٦٢) .
- (١) في أ ، ب "إياها" ، وهو تحريف .
- (٢) انظر : المدونة ٢/٢٦٨، ٢٦٩ .
- (٣) أي أن القسم حقٌّ له ، انظر : تهذيب المدونة ص ٩٢ .
- (٤) وسيأتي قريباً ذكر القولين لمالك رحمه الله .
- (٥) كما في حديث أنس رضي الله عنه قال : "من السنة إذا تزوج الرجل البكر على الثيب أقام عندها سبعاً وقسم ، وإذا تزوج الثيب على البكر أقام عندها ثلاثاً ثم قسم" . قال أبو قلابة : ولو شئت لقلت : إن أنساً رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم . أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب إذا تزوج الثيب على البكر ٦/١٥٤، ١٥٥ . ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب قدر ماتمتحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ٢/١٠٨٤ رقم (١٤٦١) ، وفي الباب حديث أم سلمة وسيأتي قريباً .
- (٥) للمعونة ٢/٨١٨ .

فصل ٢ — في الحكم إن تزوج امرأة وعنده غيرها

ومن المدونة : روى سحنون وغيره أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج أم سلمة بنت أبي أمية أقام عندها ثلاثاً ، ثم أراد أن يدور فأخذت بثوبه ، فقال : "ما شئت ، إن شئت زدتك ثم قاصصتك بعد اليوم" ، ثم قال عليه الصلاة والسلام "ثلاث للثيب وسبع للبكر"^(١) .

ابن وهب : عن رجال من أهل العلم^(٢) قالوا : هي السنة^(٣) .
قال مالك في كتاب ابن المواز : ومن تزوج امرأة وعنده امرأة غيرها فليقيم عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثاً .

قال مالك : وهو حق لازم لها وليس يد الزوج ، وقال أيضاً : ليس بلازم .
قال أصبغ : قال أشهب : هو حق لها لا يقضى لها به ، قال أصبغ : كالمتعة .
وقال محمد بن عبد الحكم : يقضى به .

ابن المواز : وليبدأ بالقسم بالتي أقام عندها بعد الثلاث أو السبع إن شاء ، وإن شاء غيرها ، ويبدأ بغیرها أحب إلينا ، وقاله مالك في القادم بإحداهن من السفر .

وقال ابن حبيب : إنما يقيم عند البكر سبعاً وعند^(٤) الثيب ثلاثاً إن كان له غيرها ، ثم هو في ذلك يتصرف في حوائجه ، وإلى المسجد وغيره ، وإن لم يكن عنده غيرها فليس عليه أن يقيم عندها بكرة كانت أو ثيباً .

ومن العتبية : ابن القاسم عن مالك : ولا يتخلف العروس عن الجمعة ، ولا عن حضور الصلوات في جماعة^(٥) .

(١) أخرجه مسلم ، كتاب الرضاع ، باب قدر ماتمتحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها

عقب الزفاف ١٠٨٣/٢ رقم (١٤٦٠) .

(٢) كمطاء بن أبي رباح وزيان بن عبد العزيز .

(٣) المدونة ٢٦٩/٢ .

(٤) "وعند" ليست في ز .

(٥) النوادر والزيادات ل ٢٧٦/٢ .

قال سحنون : وقد قال بعض الناس : لا يخرج ، وذلك حق لها بالسنة^(١) .
قال بعض فقهاءنا : لعله يريد لا يخرج لصلاة الجماعة ، وأما الجمعة فلا يدعها
لأنها فرض عليه ، فلا يدعها في هذا القول^(٢) .

[فصل ٣ — في الحكم إن أراد السفر من عنده أكثر من زوجة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن سافر لحاجة أو حج أو غزو سافر
بأيتن شاء بغير قُرْعَةٍ إذا كان على غير ضرورة ولا ميل ، فإن كانت القرعة ففي
الغزو لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام فعله فيه^(٣) ، فإذا قَدِمَ ابتداء القسم^(٤) .
وقال عبد الوهاب : إذا أراد سفرًا وفيهن من لا يصلح للسفر وفيهن من
يصلح له لِرَفَقِها به وامتناعها لأمره كان له السفر بها وعدوله عن الأخرى ، وإن
تساوين أو تقاربين ، فإن كان سفر حج أو غزو أقرع بينهن فسافر بمن خرج لها
السهم ثم لا يلزمه قضاء من لم يسافر بها بعد رجوعه ، بل يستأنف القسم ، وفي
سفر التجارة روايتان : إحداهما : القرعة ، والأخرى : الخيار له .

(١) يشير إلى الأحاديث السابقة التي دلت على هذا الحق .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٢/١ .

(٣) كما روت عائشة رضي الله عنها (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا خرج أقرع بين
نساءه) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرًا ١٥٤/٦ .
وأخرج البخاري أيضًا حديث الإفك وفي أوله : قالت عائشة رضي الله عنها : كان رسول الله
صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يخرج أقرع بين أزواجه فأيتن خرج سهمها خرج بها رسول
الله صلى الله عليه وسلم معه ، قالت عائشة : فأقرع بيننا في غزوة غزاها فخرج سهمي
فخرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما نزل الحجاب .

كتاب تفسير القرآن ، سورة النور ، باب ﴿لَوْلَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بِأَنفُسِهِمْ
مَخْرَجًا﴾ ، الآية ، ٥/٦ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٦٩، ٢٧٠ ، تهذيب المدونة ص ٩٢ .

وإنما يُقَرِّعُ لهن في الحج والغزو ، لأن الرسول عليه الصلاة والسلام فعله فيهما^(١) ، والقرعة لإتباع .
 ووجه التسوية في سائر الأسفار : اعتباراً بسفر الحج والغزو ، وتساويهما في الحاجة والرفق^(٢) .
 قال الشيخ : ووجه التفرقة^(٣) : فلأن القرعة رخصة فلا يُعَدُّ بها بابها .

[فصل ٤ — في الحكم إن أقام عند واحدة دون الأخرى وبعض آداب الجماع والحكم إن عاد من سفره وغير ذلك]

ومن المدونة : قال مالك : ولو سافرت إحداهن لحج أو لضيعة^(٤) وأقام الزوج مع صاحبتهما ، ثم قدمت فطلبت أن يقسم لها عدد الأيام التي أقام مع صاحبتهما فلا شيء لها .
 وإن تعمد المقام عند واحدة شهراً جميعاً لم يحاسب به ، ونهي عن ذلك وابتدأ العدل ، وإن عاد نكّل ، لأن مالكاً قال في العبد المعتقد بعضه يَأْبَقُ : إنه لا يقاوم بما أبق فيه ، وإنما يستقبل الخدمة بينه وبين سيده / من يومئذ .

[١/٩٢]

(١) ففي الغزو قعه عليه الصلاة والسلام كما سبق تخريجه ، أما في الحج فلم يثبت أنه قعه فيه ، لأنه حج بنسائه كنهن ، قال ابن القيم : كان صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها سافر بها معه ، ولما حج سافر بهن جميعاً .
 زاد المعاد في هدى خير العباد ، تأليف أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي ، المعروف بابن قيم الجوزية ، تحقيق شعيب وعبد القادر الأرناؤوط (بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ١٤٠١هـ) ٤٦٢/١ .

(٢) انظر : المعونة ٨١٩/٢ .

(٣) أي بين سفر التجارة وسفر الحج والغزو .

(٤) الضيعة : قال الأزهري : الضيعة والضياع عند الحاضرة مال الرجل من النحل والكرم والأرض ، والعرب لا تعرف الضيعة إلا الخرفة والصناعة . انظر : اللسان ، مادة (ضَيَّعَ) .

قال ابن القاسم : وهذا كان أحرى أن يؤخذ منه تلك الأيام التي أبق فيها ، لأنه حقٌ للسيد .

قيل له : قَلِمَ أسقط مالك^(١) ذلك عن العبد؟
قال : قال مالك : هو إذا عبدَّ كله^(٢) .

ومن كتاب محمد : قال مالك : ولا بأس إذا أتى منزل امرأته فطردته وأغلقت الباب دونه أن يذهب إلى الأخرى ، وإن قدر أن يبيت في حجرتها أو في بيتها فليفعل .

قال : وليس له أن يجمع بينهما في بيتٍ إلا برضاها ، ولا يجوز أن يجمعهما على فراشٍ واحدٍ^(٣) وإن رضيا ، وكرهه في الإماء ، أو يتعرَّوا بغير ثيابٍ ، وكُرِهَ أن يوطأ امرأته أو أمته ومعه في البيت مَنْ يسمعُ حسَّه .

ابن حبيب : عن ابن الماحشون : لا ينبغي أن يكون معه في البيت أحدٌ نائمٌ أو غير نائم ، صغيرٌ أو كبير ، وكان ابن عمر يخرج الصبي في المَهْد .
وكُرِهَ في بعض الأخبار أن تكون معه البهيمة .

وقال : وله في أمته أن ينام معها في فراشٍ واحدٍ^(٤) ، ولكن لا يوطأ إحداها والأخرى معه في بيتٍ^(٥) ، ولا بأس أن يتوضأ أو يشرب من ماء إحدى زوجتيه في غير يومها ، ويأكل من طعام تبعثه إليه من غير تعمد ميلٍ ، ويقف ببابها ويسلم من غير أن يدخل عندها أو يجلس^(٥) .

قال مالك في كتاب محمد : ولا يأتي الواحدة في يوم الأخرى إلا في^(٦) حاجةٍ أو عيادةٍ ، وله أن يجعل ثيابه عند إحداها ما لم يُرَدَّ ميلاً أو ضرراً .

(١) "مالك" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٧٠ ، تهذيب المدونة ص ٩٢ .

(٣) "واحد" ليست في ز .

(٤) في النوادر زيادة "ولا هي نائمة" .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٧٦/٢ ، ب .

(٦) "في" ليست في ز .

مالك : ولا ينبغي أن يقيم هو في بيت له^(١) وتأتيه فيه كل واحدة ، وليأتين في بيوتهن كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم^(٢) ، إلا أن يرضين بذلك .
قال محمد بن عبد الحكم : ويقضى عليه بذلك ، وأن يسكن كل واحدة في بيت^(٣) .

قال ابن حبيب : وإذا رجع نهاراً من سفره فله أن يعتمد ببقية يومه أيتهما شاء ، وليس عليه أن ينزل عند التي خرج من عندها إلا أن يشاء ، ولا يحسب ذلك^(٤) ، ويأتنف القسم إذا أمسى ، وأحب إلي أن ينزل عند التي خرج من عندها ليوقئها بقية يومها ، وما ذلك عليه بواجب ، قاله مالك وأصحابه .
وإذا كان لواحدة شباب أو غنى ، أو ذات شرف فأراد إثارة ، فأما في الميت وما يصلح لكل واحدة من نفقة مثلاً بقدر حالها فليعدل ، ثم له أن يؤثر الأخرى بعد ذلك باليسير من غير ميل ، ويكسوها الخبز^(٥) والحلي ما لم يكن ميلاً .
وكذلك إن كانت واحدة ألطف به من الأخرى^(٦) في إتحافه بطرائف الطعام والطيب فيؤثرها ، فأرجو أن لا بأس به ، والمساواة أحب إلينا^(٧) .
وقيل : إن معاذ بن جبل كان له امرأتان فلم يكن يشرب الماء من عند واحدة في يوم الأخرى ، وإنهما ماتتا معاً فأقرع بينهما أيهما تدفن أولاً^(٨) .

(١) "له" ليست في ز .

(٢) سبق ترجمته ص ٣١١ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٢٧٧/ب .

(٤) "ذلك" ليست في أ .

(٥) الخبز : لفظ معرب ، ضرب من الثياب ، قيل : إنه ثوب نسيج من الصوف والحرير ، أو من الحرير فقط .

انظر : معجم لغة الفقهاء ص ١٩٥ .

(٦) "من الأخرى" ليست في ز .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٧٦/ب ، ٢٧٧/أ .

(٨) أخرجه سعيد بن منصور ، باب جامع الطلاق ٩٠/٢ رقم (٢١٧٤) بلفظ : م يتوضأ ، بدل : يشرب .

قال مالك في العتبية : له أن يكسر إحداهما الخبز والحرير^(١) والخلي دون الأخرى ما لم يكن ميلاً^(٢) .

[فصل ٥ — في إسقاط المرأة حقها في البيت وهل يسوي بينهن في الجماع ، وفي تركه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن كره زوجته وأراد فراقها فقالت له^(٣) لا تفارقي واجعل أيامي كلها لصاحبي ، أو للتي تتزوج علي ، فلا بأس بذلك ولا يقسم لها .

ابن القاسم : فإن رجعت عن هذا وطلبت القسم ، فذلك لها متى شاءت ، أو يخير الزوج ، فإذا قسم لها أو فارق .

وقد قال الله تعالى : ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾^(٤) .

مالك : ولو شرط في عقد النكاح أن يؤثر عليها ، أو لاميت لها ، فلاخير فيه ، وإنما يجوز هذا الشرط بعد العقد .

ابن القاسم : ويفسخ هذا النكاح قبل البناء ، ويثبت بعده ، ويطل الشرط ، ويكون لها ليلتها .

وليس عليه المساواة في الجماع ولا بالقب ، ولا حرج عليه أن ينشط للجماع

/ في يوم هذه دون يوم الأخرى ، إلا أن يفعل ذلك لغرض أن يكف عن هذه [٩٢ب/ لوجود لذته في الأخرى فلايجل له ذلك .

ومن سرمد العبادة وترك الوطء لم ينه عن تبثله ، وقيل له : إما وطئت أو

فارقت ، إن خاصصته .

(١) والحرير " ليست في ز .

(٢) واستدل بقوله تعالى : ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾ سورة النساء ، آية ١٢٩ .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣١٧/٤ ، النوادر والزيادات ل ٢٧٧/١ .

(٣) "له" ليست في ز .

(٤) سورة النساء : آية ١٢٨ .

(٥) "يوم" ليست في ز .

وكذلك إن ترك الجماع لغير ضرورة ولا علة إلا أن ترضى المرأة بالمقام على ذلك^(١).

فصل [٦ - في ذكر ما لا يمنع من القسم ، وقسم المريض والمحجوب والقسم بين الحرة والأمة]

وَقَسَمَ الحُرَّ بَيْنَ نَسَائِهِ الْمُسْلِمَاتِ وَالْحَرَائِرِ وَالْإِمَاءِ^(٢) وَالْكَتَائِبِ سَوَاءً ، وَالْقَسَمُ بَيْنَ صَغِيرَةٍ يَجُومِعُ ، أَوْ كَبِيرَةٍ صَحِيحَةٍ ، أَوْ مَجْنُونَةٍ ، أَوْ بِإِحْدَاهُنَّ رَتَقَ ، أَوْ دَاءً ، أَوْ مَرَضٌ لَا تَجْمَعُ مَعَهُ ، أَوْ حَيْضٌ سَوَاءً ، لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ يَوْمَهَا وَلَيْلَتِهَا^(٣).

مالك : ويقسم المريض بين نسائه إن كان مرضاً يقدر أن يدور عليهن فيه ، فإن لم يقدر أقام عند أيتهن شاء لإفاقة ما لم يكن حقيقاً ، فإذا صحَّ ابتداء القسم ، وليس لأُمِّ الولد مع حرة قَسَمٌ ، وجائز أن يقيم عند أم ولده ما شاء ما لم يُضَار . والمحجوب ومن لا يقدر على الجماع يقسم بين نسائه بالعدل ، إذ له أن يتزوج^(٤).

قال مالك في النكاح الأول^(٥) : فإن كان حرٌّ له أمةٌ وحرّةٌ ساوى بينهما^(٦) في القسم كسائر حقوق الزوجة^(٧) . ورأى ابن المسيب أن للحرّة الثلث وللأمة الثلث^(٨) .

(١) انظر : المدونة ٢/٢٧٠، ٢٧١ ، تهذيب المدونة ص ٩٢ .

(٢) "الحرائر والإماء" ليست في أ ، ب .

(٣)، (٤) انظر : المدونة ٢/٢٧١، ٢٧٢ .

(٥) انظر كتاب النكاح الأول ص ١٤٤ .

(٦) "بينهما" ليست في ر .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٠٤ .

(٨) سبق تخريجه ص ١٤٤ .

قال الشيخ : فوجه ذلك : حرمة الحرية ، ولأن ديتهام مثلاً دية الأمة ، وعدتها في الموت مثلاً عدتها ، وكذلك حدودها فكذلك في ^(١) القسم ^(٢) .

تم كتاب النكاح الثاني بحمد الله وحسن عونه
والصلاة والسلام على محمد وعلى آله وسلم تسليماً كثيراً ^(٣)

(١) "في" ليست في ز .

(٢) أي لها منه مثلاً مال الأمة .

(٣) في ز "تم النكاح الثاني والحمد لله كثيراً" .

[الكتاب الثالث] كتاب النكاح الثالث

[الباب الأول] فيمن تزوج امرأتين في عقدة^(١) أو أما وابنتها في عقدة أو عقدتين

[فصل ١ — فيمن نكح امرأتين في عقدة واحدة]

قال ابن القاسم : ولا بأس أن يتزوج الرجل امرأتين في عقدة واحدة إذا سمي لكل واحدة صداقها ، فإن أجملهما في صداقٍ واحدٍ لم يعجبني ذلك ، وقد بلغني أن مالكا كرهه ، لأنه لا يُدري ما صدق هذه من صداق هذه .

قيل : فإن طلق إحداهما أو مات عنها قبل البناء ، كم يكون صداقها؟ أيقسم المهر الذي سمي بينهما؟ أيقسم بينهما على قدر مهرهما؟ قال : نكاحهما غير جائز^(٢) .

قال أبو محمد وغيره : ولا شيء لهما قبل البناء عنده^(٣) . وقال سحنون : هذا جائز وإن لم يسم لكل واحدة صداقها ، وكذلك جمع الرجلين سلعتيهما في البيع .

قال ابن دينار : ويقسمان ماسمي لهما بقدر صداق مثل كل واحدة^(٤) . قال الشيخ : وهذا أصوب ، وكذلك لو دخل بهما على هذا القول ، وعنى ظاهر قول ابن القاسم يكون لكل واحدة صداق مثلها ويثبت النكاح . وقد اختلف قوله في هذا في البيع فكذلك يجري في النكاح .

(١) "في عقدة" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٧٣ .

(٣)، (٤) انظر : النكت والفروق لـ ٦٨/ب .

قال الشيخ : ويحتمل على قياس قوله فيمن نكح^(١) بدرهمين فطلق قبل البناء أن يكون لها نصف الدرهمين ، أن يكون لها في هذا القول نصف ما ينقصها من هذا المسمى لهما ، لأنه إذا كان يراعي قول من يُجْزُهُ بالدرهمين فمراعاته قول نفسه ، وقول غيره أولى^(٢) .

فإن قيل : إن ما ينقصها من هذا المسمى مجهول ، فهو كالنكاح بالفر ، والدرهمان لاغرر فيهما ، وهو لو أتم لها ثلاثة دراهم لتبت نكاحه؟
قيل له : على القول الذي يميزه فلا يراه غرراً ولا يكون أسوأ حالاً من نكاح التفويض الذي يقضى فيه بصداق المثل ، وذلك لا يعم إلا بعد النظر فيه . فكذاك قسمة هذا المسمى على / مثل صداق كل واحد منهما .

وأيضاً فهو وأصحابه لا يميزون نكاحها بدرهمين على حال ، وهو في أحد قوله^(٣) يميز ابتداء النكاح في جميعها في صداق واحد ، وقاله غيره من أصحابه فمراعاة هذا القول أولى .

قال الشيخ : ويجوز أن يتزوج امرأتين إحداهما بصداق مسمى والأخرى على تفويض وذلك في عقد واحد ، لأنهما صداقان يجوزان في الانفرد فكذاك يجوزان في الاجتماع .

وكذلك لو جمعتهما جميعاً في عقد واحد على تفويض فإنه جائز^(٤) ، وقاله أبو عمران^(٥) .

(١) أي نكح امرأتين في عقد واحد فطلق إحداهما قبل البناء .

(٢) وهو قول ابن دينار أنه يقسم المسمى بقدر صداق مثل كل واحدة .

(٣) أي ابن القاسم .

(٤) إذ لاغرر فيه .

(٥) انظر : تهذيب الطالب لـ ٢٣/ب .

[فصل ٢ — فيمن نكح حرة وأمة في عقدة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن نكح حرةً وأمةً في عُقْدَةٍ رُسمى صداق كل واحدة فقال مالك : يفسخ نكاح الأمة ويثبت نكاح الحرة ، ثم رجس فقال : إن علمت الحرة بالأمة فنكاحها ونكاح الأمة ثابت ، ولا خيار لها ، وإن لم تعلم خيّر بين أن تقيم أو تفارق .

قال سحنون : وقد بينا هذا الأصل في الكتاب الأول^(١) .

قال سحنون : إذا كان واجداً للطول فُسِيخاً جميعاً ، وكذلك لو تزوج امرأة في عدتها وأخرى في غير عدتها في عقدة واحدة ، لفسد النكاحان جميعاً ، كصفقة جمعت حلالاً وحراماً^(٢) .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : ليس ذلك كصفقة جمعت حلالاً وحراماً لأن فسخ نكاح الأمة لم يتفق الناس عليه ، ومالك قد اختلف قوله فيه ، إذ قال بعض^(٣) الناس : إن الآية منسوخة^(٤) فلم يبلغ الأمر في ذلك إل صفقة جمعت حلالاً وحراماً^(٥) .

(١) أي في كتاب النكاح الأول من المدونة . انظر : المتنونة ٢٠٤/٢ .

وقد تقدم أيضاً في الباب الحادي والعشرين من كتاب النكاح الأول .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢٧٣/٢ ، ٢٧٤ ، تهذيب المدونة ص ٩٢ .

(٣) بعض " ليست في ر .

(٤) أي قوله تعالى : ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يُنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ عَمَلِكُمْ إِيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْنَةِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ . سورة النساء : آية ٢٥ .

(٥) تنظر : تهذيب الطالب ٢٣٠ ب .

[فصل ٣ — فيمن نكح أما وابنتها في عقدة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن نكح امرأة وابنتها في عقدة وسمى لكل واحدة صداقها ، ثم تبين أن الأم لها زوج فسخ نكاحهما ، ولم يثبت نكاح الابنة لأن من قول مالك أن كل صفقة جمعت حلالاً وحراماً فلا يجوز ذلك عنده في البيوع ، قال مالك : وأشبه شيء بالبيوع النكاح .

قال ابن القاسم : وكذلك إن لم يكن للأم زوج ولم يدخل بواحدة منهما فلا بد من فسخه ، وليس له حبس إحداهما وفراق الأخرى ، ثم ينكح بعد ذلك من أحب منهما ، إن شاء الأم أو الابنة^(١) .

وقيل : لا يتزوج الأم للشبهة التي^(٢) في البنت .

قال مالك : وإن كان قد بنى بهما قبل الفسخ حرمتا عليه للأيد ، ولو بنى بواحدة منهما ففسخا وخطب التي بنى بها بعد الاستبراء ، أمّاً كانت أو بنتاً ، ولم يحل له نكاح الأخرى أبداً^(٣) .

[فصل ٤ — فيمن نكح أما وابنتها في عقدتين]

ومن المدونة : ومن تزوج امرأة فلم ين بها حتى تزوج ابنتها وهو لا يعلم ، فدخل بالابنة ، فارقهما جميعاً .

قال مالك : ولا صداق للأم ، ويتزوج الابنة إن شاء بعد ثلاث حيض ، أو وضع حمل ، وتحرم عليه الأم أبداً ، لأنها صارت من أمهات نسائه ، وإن كان نكاح البنت حراماً فالحرمة تقع فيه كما يثبت فيه النسب والصداق ، ويرفع الحد .

(١) "إن شاء الأم أو الابنة" ليست في ز .

(٢) "التي" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٧٣، ٢٧٤ ، تهذيب المدونة ص ٩٢ .

وإن نكح الأم آخراً وهو لا يعلم فبني بالأم أو بهما ، فارقهما وحرمتا عليه للأبد ، لأن الأم قد دخل بها فصارت الربية^(١) محرمة ، والأم هي من أمهات نسائه فلا تحلان له أبداً .

وروى ابن وهب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "لئنما رجل نكح امرأة فدخل بها أو لم يدخل بها فلا يحل له نكاح أمها أبداً ، ولئنما رجل نكح امرأة فدخل بها فلا يحل له نكاح ابنتها ، وإن لم يدخل بها فليتركها"^(٢) ، وقاله زيد بن ثابت ، قال : لأن الأم مبهممة لا شرط فيها ، وإنما الشرط في الرئائب^(٣) - يريد : قول الله تعالى في آية التحريم بعد قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ ثم قال في الآية : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾^(٤) .

قال ابن القاسم : / وإذا نكح الأم بعد البنت فدخل بالأم فسخنا النكاح [٩٣/ب] فلا صدق للابنة إن لم ين بها وإن كانت الفرقة والتحريم من قبل الزوج ، لأنه لم

(١) الربية : هي بنت امرأة الرجل من غيره . انظر : تحفة الأريب ص ١٣٢ .

(٢) أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها

هل يتزوج ابنتها أم لا ٤٢٥/٣ رقم (١١١٧) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في قول الله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ ٢٥٩/٧ رقم (١٣٩١١، ١٣٩١٠) ، والحديث ضعيف فيه المثنى بن الصباح ، قال عنه

ابن حجر : ضعيف اختلط بآخره ، التقريب ١٥٨/٢ رقم (٦٤٩١) .

وفيه أيضاً عبد الله بن لهيعة ، قال عنه ابن حجر : خلط بعد احتراق كتبه ، ورواية ابن المبارك

وابن وهب عنه أصل من غيرهما . اهـ التقريب ٥٢٦/١ رقم (٣٥٧٤) .

قلت : وهذا ليس منها .

(٣) قال ذلك لما سئل رضي الله عنه عن رجل تزوج امرأة ، ثم فارقها قبل أن يصيبها هل تحل له

أمها؟ فقال : لا ، الأم مبهممة ليس فيها شرط ، وإنما الشرط في الرئائب .

انظر : الموطأ ، كتاب النكاح ، باب ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته ٤٢١/٢ رقم (٢٢) .

(٤) سورة النساء : آية ٢٣ .

فشرط الله تعالى في تحريم الرئائب أن يكون مدعولاً بأمهاتهن .

يتعمده وصار نكاح الابنة لا يقر على حال ، فلما فسخ قبل البناء لم يكن لها مهرٌ لانصف ولا غيره^(١) .

قال مالك في ثمانية أبي زيد^(٢) : إذا نكح الأم بعد البنت أو البنت بعد الأم فوطئ الثانية وحدها فسخ نكاحهما بغير طلاق ، وكان للأولى نصف الصداق . وقال عبد الملك وغيره^(٣) : ما كان من فسخ غالب قبل البناء فلا صداق فيه^(٤) .

قال الشيخ : وحكي عن أبي عمران أنه قال : ولو تزوج الأم بعد البنت عامداً عالماً بتحريم ذلك ودخل بها كان عليه نصف صداق البنت ، لأنه كأنه قصد طلاقها ، وهذا على قوله : إن الزنا يحرم الحلال ، وكذلك على قوله : إن الزنا لا يحرم الحلال إذا فارق البنت تورعاً ، يكون أيضاً عليه نصف الصداق ، لأنه نكاحٌ يُقرُّ عليه ، وكذلك من زنى بِمَحْتَنَةٍ^(٥) قبل الدخول بابتها ففرق بينه وبين البنت بالغلبة ، يكون عليه نصف الصداق^(٦) .

وأما على قول عبد الملك وغيره فلا صداق لها ، لأنه فسخٌ غالبٌ قبل البناء ، وقد نصَّ ابن المواز : أنه لا يفسخ في الزنا بالجبر ، وقاله بعض شيوخنا القرويين : إنه

(١) انظر : المدونة ٢٧٤/٢ - ٢٧٧ ، تهذيب المدونة ص ٩٢ .

(٢) هو عبد الرحمن بن إبراهيم بن عيسى بن يحيى بن بريد ، مولى معاوية بن أبي سفيان ، غلبت عليه كنيته : أبو زيد ، وهو جد بني أبي زيد بقرطبة ، سمع من يحيى بن يحيى الليثي ، ورحل إلى المشرق فأدرك ابن كنانة وابن الماجشون ومطرف بن عبد الله ونظرائهم ، وله من سؤاله المدنيين ثمانية كتب ، تعرف بالثمانية ، مشهورة - وهي التي أشار إليها المؤلف - وكان عنده حديث كثير ، والأغلب عليه الفقه ، توفي سنة ٢٥٨ هـ ، وقيل ٢٥٩ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ١٤٨/٢ ، الديباج ٤٦٩/١ .

(٣) المراد بالغير : المغيرة المخزومي وابن دينار .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٤/١ .

(٥) ختنة الرجل : هي أم امرأته . انظر : اللسان ، مادة (محن) .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٣/ب .

إنما يؤمر بذلك ولا يجبر عليه ، فإذا تورّع وفارق لزمه نصف الصداق على القولين جميعاً^(١) ، بخلاف ما قاله أبو عمران .

قال الشيخ : واختلف فيمن مرّ بيده على فخذ ابنته وظنّ أنها زوجته قاصداً اللذة ، أو وطئها بالليل غلطاً ، فقال جماعة من فقهاء القرويين وأئمتهم : إنها تحرم عليه زوجته ، وقال سحنون والليث وغيره : لا تحرم عليه^(٢) .

ومن المدونة : قال مالك : وإن لم يبين بالثانية ثبت على نكاح الأولى ، أمّا كانت أو ابنة ، ودخل بها أم لا ، ويفسخ نكاح الثانية .
قال : وإن تزوج الأم ودخل بها ثم تزوج الابنة ودخل بها حرمتا عليه جميعاً ،
وعمل الجدات في التحريم بحمل الأمهات ، وحمل بنات البنات وبنات الأبناء بحمل البنات^(٣) .

فصل [٥ - فيما يكون سببا في تحريم المرأة على آباء النكاح وأبنائه]

ومن وطئ امرأة أو قبل أو باشر أو نظر للذة بملك أو نكاح صحيح أو فاسد أو حرام يشبهه أو في عدة فإنها تحرم على آباءه وأبنائه ، وتحرم عليه ابنتها بنكاح أو ملك .

وإن تزوجها في عدة فلم يثن بها حتى تزوج أمّها أو أختها ، أقام على نكاح الثانية ، لأن نكاح المعتدة غير منعقد ، وهي تحل لآبائه وأبنائه ما لم يتلذّذ منها بشيء .

(١) أي القول بأن فراق المزنّي بها واجب أو مستحب .

انظر : المصدر نفسه ل ٢٣/ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل ٢٤/أ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٧٥، ٢٧٦ ، تهذيب المدونة ص ٩٢ .

وروى ابن وهب : إن النبي عليه الصلاة والسلام قال في الذي يتزوج المرأة
فَيَغْمِزُهَا ولا يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ : لا يَتَزَوَّجُ ابْنَتَهَا^(١) .
وقال ابن مسعود : إِذَا قَبَّلَهَا أَوْ جَلَسَ بَيْنَ فَخْذَيْهَا فَلَا يَتَزَوَّجُ ابْنَتَهَا^(٢) (٣) .

-
- (١) لم أَعثر على هذا الحديث إلا في المدونة ، وهو من رواية ابن وهب عن يحيى بن أيوب عن ابن
جُرَيْج يرفع الحديث إلى النبي صلى الله عليه وسلم ... الحديث . انظر : المدونة ٢/٢٧٥ -
٢٧٦ .
- وهو ضعيفٌ لإرسال ابن جُرَيْج ، وقد قال عنه الحافظ ابن حجر : كَانَ يُدَلِّسُ وَيُرْسِلُ ، من
السادسة . انظر : التقريب ١/٦١٧ رقم (٤٢٠٧) .
- (٢) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب ﴿وَرَبَائِكُمْ﴾ ٦/٢٧٧ رقم (١٠٨٢٧) .
- (٣) انظر : المدونة ٢/٢٧٥ ، ٢٧٦ .

[الباب الثاني]

في المحرمات من النساء ، ومن وطئ امرأته أو ابنتها
بزنا أو نكاح ، وما تجب به الحرمة

[فصل ١ — في المحرمات من النساء]

قال الله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ
وَوَحَلَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ ﴾ فهؤلاء بالقراءة سبع ، وقال : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمْ
الَّذِينَ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِمَّنْ لَرَضَاعَةٍ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ الَّذِينَ فِي
حُجُورِكُمْ مِمَّنْ نِسَائِكُمْ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَأَنْ يَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾^(١)
وقال تعالى قبل ذلك : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾^(٢)
وقوله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾^(٣) / لم يعن به دون أبناء
الرضاع^(٤) ، لكن دون من يدعى بنًا بالتبني^(٥) ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام

[٩٤/أ]

(١) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٢ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٤) فإن زوجة الابن من الرضاع تحرم على أبيه منه ، لأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

(٥) التبني : هو اتخاذ الولد ابنًا وهو ليس له بائن في الأصل .

انظر : معجم لغة الفقهاء ص ١٢١ .

(٦) لذا قال ابن العربي : الفائدة في قوله تعالى : ﴿ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ : ليسقط ولد التبني ، ويذهب

اعتراض الجاهل عسى رسول الله صلى الله عليه وسلم في نكاح زينب زوج زيد ، وقد كان
يُدعى له فنهج الله سبحانه ذلك ببيانه .

أحكام القرآن ٣٧٩/١ .

قد كان تبنّى زيد بن حارثة^(١) ، ثم تزوج زوجته زينب بنت جحش^(٢) ، فأنزل الله تعالى فيهما^(٣) ، وأمر أن يدعوا لآبائهم^(٤) ^(٥) .

(١) هو زيد بن حارثة بن شراحيل الكعي ، وهبته خديجة بنت خويلد لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوجها ، فتبناه رسول الله بمكة قبل النبوة ، فكان يدعى زيد بن محمد فما جاء الإسلام نزل قوله تعالى : ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾ فدعى زيد بن حارثة ، شهد بدماء ومبعدها ، وقد زوجه رسول الله زينب بنت جحش ، وقبلها زوجها مولاته أم لكن فولدت له أسامة ، قتل في غزوة مؤتة وهو أمير ، واستخلفه رسول الله في بعض أسفاره على المدينة .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٥٢٥/١ ، الإصابة ٥٤٥/١ .

وقد أخرج البخاري تبنّى رسول الله صلى الله عليه وسلم زيدا ، كذب تفسير القرآن ، سورة الأحزاب ، باب ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾ ٢٢/٦ .

(٢) هي أم المؤمنين زينب بنت جحش بن رثاب الأسدية زوج النبي صلى الله عليه وسلم ، أمها أُميمة بنت عبد المطلب عمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة خمس من الهجرة ، وقين سنة ثلاث ، وكانت قبله تحت زيد بن حارثة ، كانت صالحة صوّامة قوّامة ، وكانت صنّاع اليدين فكانت تدبغ وتغرز وتصدّق له في سبيل الله ، وهي أول نساء النبي صلى الله عليه وسلم لحوقاً به ، فتوفيت سنة عشرين في خلافة عمر ابن الخطاب .

انظر : الطبقات ٨٠/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٠٦/٤ ، الإصابة ٣٠٧/٤ .

وقد سبق تخريج زواج رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ص ١١٧ .
(٣) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ وَخُفِيَ فِي نَفْسِكَ مَا اللَّهُ مُبْدِيهِ وَخَشِيَ النَّاسُ وَاللَّهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشَاهُ فَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا﴾ . سورة الأحزاب : آية ٣٧ .

(٤) يشير إلى قوله تعالى : ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَبِأَخْوَانِكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ . سورة الأحزاب : آية ٥ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ١/٢٣١ .

فَحَرَّمَ اللَّهُ تَعَالَى مِنَ النَّسَبِ سَبْعًا ، وَمِنَ الصُّهْرِ وَالرَّضَاعِ سَبْعًا ، وَحَرَّمَ
الرَّسُولُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مِنْ ذَلِكَ بِالرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ ^(١) ، فَهَؤُلَاءِ
عَحْرَمَاتٌ عَلَى التَّأْيِيدِ ، إِلَّا الْجَمْعُ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ فَإِنَّمَا هُوَ تَحْرِيمٌ فِي حَالِ جَمْعِهِمَا ،
وَحَرَّمَ غَيْرَ هَؤُلَاءِ فِي حَالٍ دُونَ حَالٍ ، فَمِنْ ذَلِكَ نِكَاحُ الْخَامِسَةِ ^(٢) ، وَحَرَّمَ
الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ - يَقُولُ ذَوَاتُ الْأَزْوَاجِ - إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ^(٣) ، يَقُولُ :
بِالسَّبِي وَلَهْنِ أَزْوَاجُ بَدَارِ الْحَرْبِ .

قال ابن حبيب : أَوْ سُبَيْنَ مَعَهُمْ ^(٤) .

وَحَرَّمَ نِكَاحَ الْمُشْرَكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ ^(٥) ، فَهِنَّ عَحْرَمَاتٌ بِنِكَاحٍ أَوْ مِلْكٍ ،
وَحَرَّمَ نِكَاحَ الْمُعْتَدَةِ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا ^(٦) ، وَالْمَبْتُوتَةُ عَلَى الَّذِي أَبْتَهَا حَتَّى تَنْكَحَ
زَوْجًا غَيْرَهُ ^(٧) .

(١) فقال عليه الصلاة والسلام : " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " .
أخرجه البخاري ، كتاب الشهادات ، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض
والموت القديم ١٤٩/٣ ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل
١٠٧٠/٢ رقم (١٤٤٥) .

وسأتي تفصيل ذلك في كتاب الرضاع .
(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاتَ وَرُبَاعَ ۖ ﴾ . سورة النساء
آية ٣ .

(٣) يشير إلى قوله تعالى بعد آية المحرمات : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ
عَلَيْكُمْ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ۖ ﴾ . سورة النساء : آية ٢٤ .

(٤) النوادر والزيادات ل ٢/٢٤٧ .
(٥) يشير إلى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ حَسْبُكُمْ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ
أَحَبَّكُمْ ۖ ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢١ .

(٦) يشير إلى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا عَفْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ ۖ ﴾ . سورة البقرة : آية
٢٣٥ .

(٧) يشير إلى قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۖ ﴾ . سورة البقرة :
آية ٢٣٠ .

ونهي النبي عليه الصلاة والسلام عن نكاح المثعة^(١) ، ونكاح المحرم^(٢) ،
ونكاح المحلل^(٣) ، ونكاح الشغار^{(٤) (٥)} . وقد مضى تفسير بعض ذلك^(٦) ، ويأتي
تفسير باقيه في مواضعه إن شاء الله تعالى .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة بنكاح صحيح ، أو في
إجازته اختلاف حرمت بالعقد دون الوطاء على آياته وإن بعدوا وأبنائه وإن سفلوا
بنسب أو رضاع ، وحرمت عليه أمهاتها ، ولا تحرم عليه ابنتها بالعقد على الأم
دون الوطاء أو الالتذاذ .

وأما إن تزوج ذات محرم أو رضاع أو معتدة لم تحرم بالعقد فقط على آياته
ولأبنائه ، ولا تحرم عليه أمها^(٧) .

(١) سبق تخريجه ص ١٢٧ .

(٢) سبق تخريجه ص ٩٠ .

(٣) فصح أنه صلى الله عليه وسلم قال : "لعن الله المحلل والمحلل له" .

أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في التحليل ٥٦٢/٢ رقم (٢٠٧٦، ٢٠٧٧) ،
والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في المحلل والمحلل له ٤٢٨/٣ رقم (١١١٩، ١١٢٠)
وقال : حديث حسن صحيح ، والنسائي ، كتاب الطلاق ، باب إحلال المطلقة ثلاثا وما فيه
من التغليب ١٠٩/٦ رقم (٣٤١٦) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب المحلل والمحلل له
٦٢٢/١ رقم (١٩٣٤) ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢١٧/٢ رقم (٢٨٠٤، ٢٨٠٥) وصححه
ووافقه الذهبي ، وقال الحافظ ابن حجر : صححه ابن القطان وابن دقيق العيد على شرط
البيهقي التلخيص الجدير ١٧٠/٣ .

(٤) سبق تخريجه ص ٩ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ٢٢٢/ب ، ٢/٢٣ .

(٦) أي في كتاب النكاح الأول .

(٧) انظر : تهذيب المدونة ص ٩٣ .

فصل [٢ — فيمن وطئ أم امرأته أو ابنتها بزنا أو نكاح]

ومن المدونة : قال مالك : ومن زنى بأم زوجته أو بابنتها فليفارق زوجته ولا يقيم عليها^(١) .

وقال في الموطأ : لا يَحْرُم الزنا حلالاً^(٢) .

قال سحنون وأصحابه على ما في الموطأ : لا اختلاف بينهم فيه^(٣) ، وهو الأمر عندهم فيه ، وقاله عددٌ من الصحابة والتابعين^(٤) .

قيل لابن القاسم : فإن تزوج أم^(٥) امرأته وهو يعلم أنها أمها أتحرّم عليه زوجته؟ قال : قد أخبرتك أن مالكاً كره أن يقيم عليها بعد الزنا بأمها ، فنكاحه لأمها وزنائه بها في هذا سواء ، إلا أن يُعذر بالجهالة في تزويجه ولا يُحد ، ويُلحق به الولد ، ويكون هذا أكد في التحريم من الزنا للحقوق النسب وزوال الحد^(٦) . يريد وإذا لم يعذر بالجهل في نكاحه لزمه الحد وفارق زوجته على أحد قولي مالك ، وإذا عذر بالجهالة لم يحد ولزمه فراقها بلاختلاف من قول مالك .

(١) انظر : المدونة ٢٧٧/٢ .

(٢) انظر : الموطأ ، كتاب النكاح ، باب ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته ٤٢١/٢ .

(٣) أي في أن الزنا لا تقع به حرمة ، لكن قال ابن حبيب : ورجع مالك عما في الموطأ أن الزنا لا تقع به الحرمة إلى أن ذلك تقع به الحرمة . انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٤٨/أ .

(٤) وهم ابن عباس وابن عمر ومعاذ بن جبل وعروة بن الزبير وسعيد بن المسيب وابن شهاب الزهري .

انظر : سنن البيهقي ، كتاب النكاح ، باب الزنا لا يحرم حلالاً ٢٧٣/٧ ، ٢٧٤ ، رقم (١٣٩٦٠) ، (١٣٩٦٣ ، ١٣٩٦٢) .

(٥) "أم" ليست في ز .

(٦) انظر : المدونة ٢٧٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٣ .

[فصل ٣ — فيما تجب به الحرمة]

قال^(١) : ومن زنى بامرأة أو تلذذ منها حراماً فلا أحب له أن يتزوج أمها ولا ابنتها ، ولا أحب لابنه ولا لأبيه أن يتزوجها أبداً ، وإن كانت في عصمة أحدهما فليفارقها - يريد على أحد قولي مالك - ولا بأس أن يتزوجها هو نفسه بعد الاستبراء من مائه الفاسد^(٢) .

قال الشيخ : وقوله تعالى : ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً﴾ إلى قوله ﴿وَحَرَّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٣) ، فالنكاح هاهنا الزنا ، أي لا يرني بها إلا زانٍ أو مشرك ، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما^(٤) ، وقال ابن المسيب : إنها منسوخة بقوله تعالى : ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾^(٥) .^(٦)

قال ابن حبيب : ولا يجوز نكاح الزانية المجاهرة وذات الخطن^(٧) ، ويستحب لمن تحته امرأة تزني أن يفارقها ، وإن بُليَّ بحبها فليحبسها ، وروي ذلك عن النبي

(١) أي ابن القاسم .

(٢) انظر : الملوثة ٢٧٨/٢ ، تهذيب الملوثة ص ٩٣ .

(٣) سورة النور : آية ٢ .

(٤) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب نكاح المحدثين وما جاء في قول الله عز وجل : ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾ الآية ٢٤٨/٧ رقم (١٣٨٦٧) .

(٥) سورة النور : آية ٣٢ .

(٦) أخرجه البيهقي أيضاً ٢٤٩/٧ رقم (١٣٨٦٩) .

(٧) الخطن : هو الصديق في السر ، والجمع أخطان .

انظر : تحفة الأريب ص ١١٤ ، المصباح للنير ص ١٦٥ .

صلى الله عليه وسلم^(١)، ومأعده من ذلك فعليه الاستبراء بثلاث حيض ، وفي مملوكته بحيضة^(٢) .

وفي كتاب ابن المواز : قال ابن وهب عن مالك في المرأة المعينة بالسوء : لا أرى للرجل أن يتزوجها ، ولست أراه حراماً^(٣) (٤) .

(١) من رواية ابن عباس رضي الله عنهما قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتي لا تمتنع يد لأمس ، قال غريبها . قال : أخاف أن تتبعها نفسي ، قال : "فامتنع بها" . أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء ٥٤٢، ٥٤١/٢ ، رقم (٢٠٤٩) ، والنسائي ، كتاب النكاح ، باب تزويج لزانية ٥٠/٦ ، رقم (٣٢٢٩) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما يستدل به على قصر الآية على ما نزلت فيه أو نسخها ٢٥٠/٧ ، رقم (١٣٨٧١) .
 وصرح إسناد هذا الحديث ابن حجر ، وأصلق عليه النووي الصحة . انظر بالتلخيص : خير ٢٢٥/٣ .

(٢) انظر : التوادر والزيادات لـ ٢٤٧/ب .

(٣) في زيادة "إن تزوجها" .

(٤) المصدر نفسه لـ ٢٤٧/ب .

[الباب الثالث] في وطء الأختين بنكاح أو ملك والجمع بين النساء

[فصل ١ — في الجمع بين الأختين بنكاح]

قال الله تعالى : ﴿وَأَنْ يَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾^(١) ، قال ابن حبيب : يقول : في الجاهلية ، يقول : فإنه مغفور لكم ، وكانت مُضَرُّ خاصة تحرم من ذلك ما حرم الإسلام إلا امرأة الأب ، والجمع بين الأختين أخذوه من ملة إبراهيم عليه السلام^(٢) .

قال غيره : وأما الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها فمحرمٌ بدليل القرآن وبنص السنة ، فدلّل القرآن قوله تعالى : ﴿وَأَنْ يَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾^(٣) ، والسنة : نهيه عليه الصلاة والسلام أن يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها^(٤) ، ولا خلاف في ذلك^(٥) .

قال ابن بكير^(٦) : والمعنى الجامع بينهما^(٧) أن كلّ امرأتين من ذوات المحارم لو

(١) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٢) البوار والزيادات ل ٢٤٧/١ .

قال ابن العربي : نكاح الأختين كان شرعاً لمن قبلنا فنسخه الله عز وجل فبنا . أحكام القرآن ٣٨٠/١ .

(٣) المراد أن هذه الآية دلّت على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها بطريق التنبيه ، فنصّ على تحريم الأختين وثبّه على تحريم ماسواهما .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب لا تنكح المرأة على عمتها ١٢٨/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح ١٠٢٨/٢ رقم (١٤٠٨) .

(٥) انظر : البوار والزيادات ل ٢٤٧/١ .

(٦) هو أبو زكريا يحيى بن عبد الله بن بكير القرشي المخزومي مولا هم ، المصري ، إمامٌ ، محدثٌ ، فقيهٌ ، حافظٌ ، سمع من مالك موطأه مرات ، وسمع من الليث بن سعد ، وابن خزيمة ، والمغيرة

المخزومي ، وعبد العزيز بن أبي سلمة ، وابن وهب وغيرهم . توفي سنة ٢٣٢ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٥٢٨/١ ، الديباج ٣٥٩/٢ ، سير أعلام النبلاء ٢٦٠/٩ .

(٧) أي بين المحرمات بسبب الجمع .

كان موضع إحداهما ذكراً لم تحل له الأخرى لم يجز للجامع أن يجمع بينهما ، وهذه علة لا تنكسر ألبتة ، وإنما جاز الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها لانحرام ذلك وذلك أنا إذا جعلنا موضع الابنة ابناً لم تحل له زوجة أبيه ، وإذا جعلنا موضع الزوجة رجلاً لم يحرم عليه أن يتزوج ابنة رجل أجنبي ، فلهذه العلة أجزنا الجمع بينهما ، وفي الأختين^(١) لا ينحرم ذلك من الجهتين^(٢) .

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج أختاً بعد أخت فلم يبن بهما أو بنى بإحداهما أو بهما فليثبت على الأولى ويفارق الأخرى فسخاً بغير طلاق ، وكذلك كل من يحرم الجمع بينهما ممن يجوز له نكاح إحداهما بعد صاحبتهما ، وللمدخول بها المسمى أو المثل إن لم يسم^(٣) .

قال أشهب : فإن بنى بهما ثم مات ولم تعلم الأولى منهما ، وكلاهما تدعي أنها هي الأولى فلتحلفا ، ويكون لكل واحدة صداقها المسمى ، والميراث بينهما نصفين^(٤) ، وعلى كل واحدة عدة الوفاة مع الإحداد .
محمد : ومع ثلاث حيض^(٥) .

قال الشيخ : فإن حاضت في الأربعة الأشهر وعشر أجزأها ذلك .
ابن حبيب : فإن لم يبن بهما فالميراث بينهما ، ولكل واحدة نصف صداقها وإن بنى بواحدة معروفة فلها الصداق ونصف الميراث ، وللأخرى نصف الصداق ونصف الميراث .

وإن نكحهما في عقدة فلاميراث لهما ، ومن بنى بها فلها الصداق ولا صداق للأخرى^(٦)

(١) في التهذيب : "ذوات المحارم" ، وهو أعم .

(٢) انظر : تهذيب الطائبا ل ٢٣/١ .

(٣) انظر : المدونة ٢٧٩/٢ ، ٢٨٠ ، تهذيب المدونة ص ٩٣ .

(٤) قال ابن المراز : لأن وطأه لأخرى هاهنا لا يفسخ نكاح الأولى فقد مات وهي امرأته بكل حال . النوادر والزبادات ل ٢٤٨/ب .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل ٢٤٨/ب ، تهذيب الطائبا ل ٢٤/ب .

(٦) قال مالك : وكذلك إن كانت واحدة عمة الأخرى أو شاتها .

قال أشهب في كتاب محمد فيمن نكح أختاً بعد أخت ولكل واحدة شهودٌ ولم تُورَّخ البينة ولم تُعرَّف الأولى : فالزوج مصدق فيمن قال : إنها الأولى ، ويفارق الأخرى بغير صداق ولا طلاق .

محمد : وهذا صواب ، وذكر عنه أنه قال : ولو قال في إحداهما : ماتزوحها ، قبل قوله .

محمد : وهذا لا يعجبني .

فإن لم يذكر الآخرة بعينها فُرق بينه وبينهما كالفائل : جَهِلْتُ الأولى^(١) . ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج أخته من الرضاة ففرق بينهما بعد البناء فلها المسمى^(٢) .

قال مالك : ومن نكح أختين في عقدٍ ولم يعلم هو ولاهما بذلك فلم يبن بهما أو بنى بإحداهما أو بهما ثم علم بذلك فليفارقهما ، وينكح أيتهما شاء بعد استيرائهما إن مسها ، ولا خيار له في حبس إحداهما .

قال ابن القاسم : ومن وطئ أمةً بالملك ثم تزوج أختها لم يعجبني ذلك . لأن مالكاً قال : لا ينبغي للرجل أن ينكح إلا امرأةً يجوز له وطؤها إذا نكحها .

قال ابن القاسم : وهذه عندي لا يستطيع إذا تزوجها أن يطأها ولا يقبلها ولا يباشرها حتى يحرم فرج أختها ، ولا يجوز له أن ينكح إلا في الموضع الذي يجوز له الوطء فيه ، إلا أنه إذا نكحها لم أفرق بينها وبينه ، وأوقفته عنها حتى يحرم / فرج أيتهما^(٣) شاء .

قال سحنون : وقد قال عبد الرحمن : إن النكاح لا ينعقد ، وهو أحسن قوليه^(٤) .

(١) النوادر والزيادات لـ ٢٤٩/١ ، تهذيب الطالب لـ ٢٤٤/ب .

(٢) في تهذيب المدونة زيادة "أو المثل إن لم يسم" .

(٣) في أ ، ب "أيتها" ، وهو تصحيف .

(٤) انظر : المدونة ٢٧٩/٢ ، ٢٨٠ .

وقال أشهب في كتاب الاستبراء : عقد النكاح تحريمٌ للأمة كان يطؤها أو لا^(١).

ابن المواز : وقاله ابن عبد الحكم ، قال^(٢) : لأنه لو لم يكن وطئ الأولى لم يكن محيراً في وطء من شاء ، كما لو اشتراهما ، وإنما له وطء المتزوجة ، ولو وطئ الأولى لم تحرم بذلك المتزوجة^(٣).

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن باع أمةً وطئها ثم تزوج أختها فسم يطأها حتى اشترى المبيعة ، لم يوطأ إلا الزوجة ، وليس عليه أن يحرم فرج جاريتيه ، والعقد هاهنا في الزوجة كالوطء في الملك^(٤).

[فصل ٢ — في الجمع بين الأختين بملك اليمين]

قال عبد الوهاب : أما الجمع بين وطء الأختين بملك اليمين فعندنا أنه كالنكاح في المنع^(٥) ، واختلف فيه الصدر الأول ، فذهب قومٌ إلى جواز الجمع بينهما بملك اليمين ، ودليلنا : قوله تعالى : ﴿وَأَنْ يَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَبَفَ﴾^(٦) فَعَم ، لأن وطء الملك أحد نوعي استباحة الفرج في الشرع^(٧) ، فهو كالنكاح ، ولأن الذي له مُنْعٌ ذلك في النكاح بحيفه العداوة والتباغض وقطع الأرحام ، وذلك يستوي فيه النكاح والملك^(٨).

(١) أي أنه يعتقد . تهذيب المدونة ص ٩٢ .

(٢) أي أشهب وابن عبد الحكم .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٤٩/ب .

(٤) أي في تحريم الأخت . انظر : المدونة ٢٨١/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٢٨١/٢ ، الرسالة ص ٢٠٣ .

(٦) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٧) فالفرج لا يستباح في الشرع إلا بأحد أمرين وهما : النكاح ، وملك اليمين ، لقوله تعالى :

﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَفْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ . إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ .

قَمِّنَ ابْتِغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ قَوْلُكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ . سورة المؤمنون : آية ٥-٧ .

(٨) انظر : المعونة ٨٠٨/٢ ، ٨٠٩ .

ومن المدونة : قال مالك : ومن اشترى أختين فوطئ إحداهما فلا يوطئ الأخرى حتى يحرم فرج التي وطئ ، فإن باع التي وطئ ، ثم وطئ الباقية ، ثم اشترى المبيعة تمادى على وطء الباقية .

قال ابن القاسم : ولو لم يوطأ الباقية حتى اشترى المبيعة وطئ أيتها شاء ، ولو أنه حين وطئ إحداهما وثب على الأخرى فوطئها قبل أن يحرم عليه التي وطئ وقف عنهما^(١) حتى يحرم أيتها شاء^(٢) .

قال في كتاب الاستبراء : فإن حرم فرج الثانية أقام على وطء الأولى ، وإن حرم فرج الأولى لم يوطأ الثانية حتى يستبرئ لفساد وطئه ، وليحرم فرج إحداهما ببيع ، أو بنكاح ، أو عتق إلى أجل ، أو بما تحرم عليه^(٣) .

قال ابن المواز : فإن باعها فلا يوطأ الباقية حتى تخرج المبيعة من الاستبراء^(٤) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن ظاهر منها لم تحل له أختها ، إذ له الكفارة ، وكذلك إن باعها من عبده أو ابنه الصغير أو يتيم في حجره ، إذ له الاعتصار والانتزاع والبيع من نفسه ، وكذلك إن زوجها تزويجاً لا يقرآن عليه ، أو باعها من أجنبي يبعاً فاسداً ، إلا أن تفوت في البيع الفاسد فتحل له أختها ، وإن باعها وبها عيوب حلت له أختها ، وهو بيع حتى ترد ، وإن أسرت أو أبقت يباق إياس حلت له أختها^(٥) .

قال ابن حبيب : ولو أخدمها شهراً وشبهه لم تحل له أختها ، وإن أخدمها سنين كثيرة أو حياة المخدم فذلك يحل^(٦) له أختها ، قاله ابن الماجشون^(٧) .

(١) "عنهما" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٢٨١/٢ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ١٣٨/٣ ، ١٣٩ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٤٩/١ .

(٥) انظر : تهذيب المدونة ص ١١١ .

(٦) في أ ، ب "فكذلك تحل" ، وهو تحريف .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٤٩/ب .

ومن كتاب^(١) النكاح قال ابن القاسم : ومن اشترى أختاً بعد أختٍ فله أن يطأ الأولى أو الأخيرة ، وأما من تزوج امرأة فسم بمسها حتى اشترى أختها فليقيم على وطء الزوجة ، ولا يطأ التي اشترى حتى يفارق زوجته ، فإن وطئ المشتراة كَفَّ عن الزوجة حتى يحرم فرج الأمة ، ولا يفسد هاهنا النكاح على حال الصحة عُقْدَةُ الزوجة^(٢) .

ابن المواز : قال أشهب : إذا وطئ المشتراة فلا يكفُّ عن وطء زوجته ، بل يطؤها^(٣) ، لأن فرج أختها حرامٌ بالنكاح في هذه^(٤) .

ومن المدونة : ومن زَوَّجَ أم ولده ثم اشترى أختها فوطئها ، ثم رجعت إليه أم الولد ، أقام على / وطء الأمة ، ولو ولدت منه الأمة ثم زوجها وأختها ثم رجعتا إليه جميعاً وطئ أيتهما شيء ، إلا أن يطأ أولاهما رجوعاً ، وما وجب في أختي النسب وجب مثله في أختي الرضاع في هذا^(٥) ، وكثيرٌ من هذا في كتاب الاستبراء^(٦) .

فصل [٣ - في نكاح أخت مطلقة طلاقاً بائناً في عدتها]

ومن طلق امرأته طلاقاً بائناً فله تزويج أختها في عدتها ، وكذلك خامسة في عدة رابعة مبتوتة ، وإن طلقها طلاقاً فادعى أنها أقرت بانقضاء العدة ، وذلك في أمدٍ تنقضي في مثله العدة فأكذبه فلا يصدَّق في نكاح الخامسة ، أو الأخت ، أو قطع النفقة والسكنى ، لأن مالكاً قال : القول في العدة^(٧) قول المرأة ، فإن نكح

(١) كتاب " ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٨٢ .

(٣) وقال ابن القاسم : إنه يقف عنهما حتى يحرم إحداهما كما تقدم قريباً .

(٤) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٤٩ ب .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٨٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٣ .

(٦) وسيأتي وهو الكتاب الثالث عشر .

(٧) في أ ، ب زيادة " في " .

الأخت أو الخامسة فسخ النكاح^(١) الثاني إلا أن يأتي هو على قولها بينة أو بأمر يُعرف به إنقضاء العدة^(٢) .

[فصل ٤ — في الجمع بين النساء]

ولا يجمع بين أختين من نسب أو رضاع ، ولا بين المرأة وبنات أخيها أو بنات أختها ، أو مع بنات بينهم الذكور والإناث من نسب أو رضاع ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾^(٣) ، ولأن المرأة خالة بنت أختها ، وعمة بنت أخيها ، وقد روى ابن وهب عن علي بن أبي طالب وأبي هريرة رضي الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن جمع الرجل بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها^(٤) .

قال ابن شهاب : ولا يجمعها^(٥) وبين^(٦) من لأبيها أو لأمها^(٧) من عمة أو خالة ، في عصمة نكاح ولا في^(٨) وطءٍ بملكٍ أو بنكاح^(٩) .

(١) "النكاح" ليست في ز .

(٢) انظر : الملونة ٢٨٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٣ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٤) انظر : الملونة ٢٨٤/٢ .

وقد سبق تخريجه ص ٣٣٦ .

(٥) أي ولا يجمع .

(٦) "بين" ليست في أ .

(٧) في ز "لأبيها وأمها" .

(٨) "ن" ليست في ز .

(٩) انظر : المصدر نفسه ٢٨٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٣ .

قال الشيخ : لأنها تقع من عمة الأب بنت ابن أخيها ومن حالته بنت ابن أخيها ، وحكم بنات^(١) الإخوة وإن سفلوا في الجمع حكم الإخوة .
وقد جعل العلماء لذلك أصلاً وهو أن ينظر إلى المرأتين اللتين يريد الجمع بينهما أن لو كانت إحداهما رجلاً والأخرى امرأة ، فإن حرم تناكحهما فيحرم الجمع بينهما ، وإن حل تناكحهما حل الجمع بينهما^(٢) ، وهذا في النسب لافي الصهر^(٣) .

ومن المدونة : قال مالك : ويجمع بينهما في الرق ، فإن وطئ إحداهن لم يوطأ الأخرى حتى يحرم فرج التي وطئ .

وقال يحيى بن سعيد : لا ينكح الرجل بنت ابن امرأته ولا بنت ابنتها من غيره ولا شيئاً من أولادهما وإن بعدن عنها^(٤)^(٥) .

قال الشيخ : لأن حكم بنت البنت وبنت الابن وإن سفلتا حكم البنت في التحريم ، فبنت ابن امرأة الرجل وبنت ابنتها كابنتها ، وبنتها ربيبة ، فكذلك أولئك لمن حكم الربائب ، وهذا بين .

قال ابن حبيب : ومن قول مالك : أنه لا يجوز لأبيك نكاح ابنة زوجتك من غيرك ، كانت زوجتك حينئذ في عصمتك أم لا^(٦) .

قال ابن المواز : ويجوز أن ينكح مانكح أبو زوجتك أو ابنها من النسب .

(١) في أ ، ب "بنات" .

(٢) وقد تقدم ذكر هذا الأصل أول الباب من قول ابن بكير .

(٣) انظر : المعونة ٨٠٧/٢ .

(٤) "عنها" ليست في أ .

(٥) انظر : المدونة ٢٨٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٣ .

(٦) انظر : النواذر والزيادات ل ٢٤٨/أ .

قال الشيخ : لأن أبا زوجتك ليس هو أبوك ، ولا ابنها ابنك ، وليس كل من يحرم عليك نكاحه أن لو كان امرأة يحرم عليك مانكح ، ألا ترى أن الأخ يحرم عليك نكاحه أن لو كان امرأة ، لأنها أخت ، ولا يحرم عليك مانكح من النساء فكذلك الريب ، وإنما يقع التحريم فيما نكح الابن والأب خاصة .

ومن المدونة : قال عمر بن عبد العزيز : لا يجمع بين المرأة وابنتها من ملث اليمين ، فقد نزل في القرآن النهي عنه^(١) ، وإنما استحل ذلك من استحل له لقول الله تعالى : ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(٢) ، وسئل عنه عثمان رضي الله عنه فقال : لا يحل ذلك ، ونهى عنه علي بن أبي طالب وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما وقالا : إنما أحل الله لك ماسمى لك سوى هؤلاء مما ملكت أيمانكم .

ابن القاسم : ومن وطئ أمة له أو لولده فلم تحمل وامراته أم لها / حرمت [٩٦/١] عليه امرأته ، لأنه ممن لاحد عليه فيها ، وهذا لاختلاف فيه ، والتي لاحد عليه فيها أشد في التحريم ممن عليه الحد .

فإن حمت منه الأمة عتقت عليه - يريد إن بنى بالأُم - وعليه قيمتها للابن ، وكذلك من ملك من ذوات المحارم فوطئها فحملت منه ، فإنه لاحد عليه وتعتق عليه ، إذ حرم عليه ما كان له فيها من المتعة ، وليس له أن يقيها في الخدمة^(٣) .

ومن مختصر المدونة لأبي محمد^(٤) : قال ربيعة ويحيى بن سعيد : ولا بأس أن يجمع بين ابنتي العم أو الخال ، وليس أبوهما واحداً .

قال مالك : ما علمه حراماً ، وغيره أحسن منه .

وقال يحيى بن سعيد : إنما كره لعله التقاطع بينهما .

(١) عنه " ليست في أ ، ب .

(٢) قال أبو الوليد الباجي : يريد والله أعلم قوله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ الآية وفيها : ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُم﴾ سورة النساء : آية ٢٣ ، وهذا على أن يعمل النساء على مقتضى اللغة دون عرفها ، وكذلك الرهائب ، فيكون التحريم عاماً في الوطء بالنكاح وملك اليمين . المتفق ٣٢٥/٣ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٤) انظر : المدونة ٢٨٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٣ .

(٥) في ز "ومن مختصر أبي محمد" وهو في التوارد والزيادات له ، وقد وثقته منه .

قال ربيعة ومالك : ويجمع بين المرأتين بينهما نسبٌ يحل لإحدهما أن لو كانت رجلاً نكاح الأخرى ، ولا يجوز إن لم يحل أن يتناكحا ، وأما من قبل الصهر فذلك جائزٌ ، حل لأحدهما أن لو كانت رجلاً تزويج الأخرى أم لا .
قال مالك : ولا بأس أن يجمع بين المرأة ورببتها^(١) ، وقد جمع عبد الله بن جعفر^(٢) بين امرأة علي وبين ابنته من غيرها^(٣) (٤) .

(١) قال ابن المواز : يريد - أي مالك - إذ ليس بينهما نسب .

التوادر والزيادات ل ٢٥٠/١ .

(٢) هو أبو جعفر عبد الله بن جعفر بن أبي طالب القرشي الهاشمي ، ولدته أمه أسماء بنت عميس بأرض الحبشة ، وقدم المدينة مع أبيه ، له صحبةٌ وروايةٌ ، عَدَّاهُ في صفار الصحابة ، استشهد أبوه يوم مؤتة فكفله النبي صلى الله عليه وسلم ونشأ في حجره ، كان كبير الشأن ، اشتهر بالكرم والجلود وله في ذلك أخبارٌ كثيرةٌ شهيرةٌ ، توفي بالمدينة سنة ٨٠ هـ .

انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٢٦٦/٢ ، سير أعلام النبلاء ٥٢٥/٤ ، الإصابة ٢٨٠/٢ .

(٣) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب ما يحل من النساء وما يحرم ١٢٦/٦ .

(٤) انظر : التوادر والزيادات ل ٢٥٠/١ .

[الباب الرابع] ما يحسن الزوجين ، ويجل المبتوتة وحكم الردة في ذلك

[فصل ١ — في معاني الإحصان]

وفرض الرسول عليه الصلاة والسلام الحكم بالرحم فيمن أحسن بنكاح من الأحرار البالغين^(١) ، وقضى به هو^(٢) والخلفاء بعده^(٣) .

وحرم الله تعالى في كتابه المبتوتة بالثلاث على التي أبتهها حتى تنكح زوجاً غيره^(٤) ، وأبان ذلك الرسول عليه الصلاة والسلام^(٥) بقوله : "حتى تنزوق

(١) وقد دس على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : "خفوا عني ، خفوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مئة ونفْي سنة ، والثيب بالثيب جلد مئة والرحم" .

أخرجه مسلم ، كتاب الحدود ، باب حد الزنا ١٣١٦/٣ رقم (١٦٩٠) .

(٢) كرجه لما عز بن مالك رضي الله عنه ، أخرجه البخاري ، كتاب المحاربن ، باب لا يرجم المحنون والمجنونة ٢٢/٨ ، ومسلم ، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنا ١٣١٨/٣ رقم (١٦٩١) .

(٣) قضاء أبي بكر وعمر أخرجه البيهقي ، كتاب الحدود ، باب ما يستدل به على أن جلد المثة ثابت على البكرين الحرين ومنسوخ عن الثيبين ، وأن الرجم ثابت على الثيبين الحرين ٣٧٠/٨ رقم (١٦٩٢٢) .

وقضاء عثمان أخرجه البيهقي أيضاً ، كتاب الحدود ، باب من أجاز ألا يحضر الإمام المرجومين ولا الشهود ٣٨٣/٨ رقم (١٦٩٦١، ١٦٩٦٠) .

وقضاء علي أخرجه البخاري ، كتاب المحاربن ٢١/٨ .

(٤) يشمر إلى قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٠ .

(٥) أي أبان المراد بالنكاح في الآية .

العَسِيلَةُ^(١) (٢) .

والإحصان على وجوه: إحصان حرية، وإحصان نكاح^(٣) ، وإحصان عفاف، وإحصان إسلام .

فإحصان الحرية قوله تعالى : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾^(٤) ، وقوله تعالى : ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾^(٥) ، وقوله تعالى : ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾^(٦) أي الحرائر .

وإحصان التزويج قوله تعالى : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(٧) يعني بالسبي ولها زوج ، وقوله : ﴿مُحْصَنَاتٌ غَيْرُ مُسَافِحَاتٍ﴾^(٨) .
وإحصان العفاف قوله تعالى : ﴿وَالَّتِي أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا﴾^(٩) ، ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءٍ﴾^(١٠) .

(١) قال ابن الجوزي في بيان معنى العسيلة : شبه لذة الجماع بالعسل ، فأثت العسيلة لأنه شبهها بقطعة من العسل ، والعرب تؤنث العسل وتذكره . غريب الحديث ٩٦/٢ .

(٢) وقد قال ذلك لامرأة رفاعة القرظي لما طلقها ثلاثاً وتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي ، فجاءت تذكر أن مامعه مثل هبة الثوب ، فقال عليه الصلاة والسلام : "لعلك تريد أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا ، حتى يذرق عسيلتك وتذوق عسيتها" . أخرجه البخاري كتاب الطلاق ، باب من أجاز طلاق الثلاث ١٦٥/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره ويطلقها ١٠٥٥/٢ ، ١٠٥٦ ، رقم (١٤٣٣) .

(٣) "إحصان نكاح" ليست في أ ، و"نكاح" ليست في ب .

(٤) سورة المائدة : آية ٥ .

(٥) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٦) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٧) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٨) سورة الأنبياء : آية ٩١ .

(٩) سورة النور : آية ٤ .

وإحصان الإسلام قوله تعالى : ﴿فَإِذَا أَحْصِنَّ﴾^(١) أي أسلمن ، وقاله ابن مسعود وغيره^(٢) .

قال الشيخ : وحكي عن أبي عمران في قوله تعالى : ﴿فَإِذَا أَحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ﴾ أنه قال : من قرأ (أَحْصِنَّ) بضم^(٣) الهمزة فتأويله : تزوجن^(٤) . وهو إحصان النكاح ، فيكون حد الأمة المتزوجة على هذه القراءة بنص القرآن ، وحد غير المتزوجة بالحديث الذي رواه أبو هريرة وزيد بن خالد^(٥) رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم^(٦) .

ومن قرأ (أَحْصِنَّ) بفتح الهمزة فيحتمل تأويله أن يكون : أسلمن ، فتكون المتزوجة ، وغير المتزوجة على هذا التأويل^(٧) داخله في الآية .

قال الشيخ : وإحصان النكاح^(٨) يجب بخمسة أوجه : بالإسلام والحرية والبلوغ والعقل والنكاح الصحيح ، واختلف في وجه سادس وهو الوطء الفاسد ، فقبيل : لا يحصن ، وقيل : يحصن^(٩) .

(١) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٢) كلشعي والزهرى ، انظر : أحكام القرآن ٤٠٤/١ .

(٣) "بضم" ليست في أ ، ب .

(٤) وهو قول ابن عباس وسعيد بن جبير . انظر : المصدر نفسه ٤٠٤/١ .

(٥) هو زيد بن خالد الجهني ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عثمان وأبي طلحة

وعائشة وغيرهم ، شهد الحديبية . وكان معه لواء جهينة يوم الفتح ، حديثه في الصحيحين

وغيرهما ، توفي بالمدينة سنة ٧٨هـ ، وقيل ٦٨هـ ، وقيل مات قبل ذلك في خلافة معاوية .

انظر : الطبقات ٢٥٦/٤ ، الاستيعاب مع الإصابة ٥٣٩/١ ، الإصابة ٥٤٧/١ .

(٦) ونصه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن؟ قال : "إن

زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فبيعوها ولو بضغيف" . قال ابن شهاب :

لا أدري أبعد الثالثة أو الرابعة .

أخرجه البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع العبد الزاني ٢٦/٣ ، ومسلم ، كتاب الحدود ،

باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا ١٣٢٩/٣ رقم (١٧٠٣) .

(٧) "على هذا التأويل" ليست في أ ، ب .

(٨) "النكاح" ليست في أ .

(٩) وسيأتي ذكر ذلك في هذا الباب .

[فصل ٢ — في الإحصان والإحلال بوطاء الصغيرة والمجنونة]

قال ابن القاسم : ومن تزوج صغيرة لم تحصن ، ومثلها يجامع ، فوطئها أحصنته ولم يحصنها ولكنه يخلها ، والمجنونة المغلوبة على عقلها تحصن واطئها ولا يحصنها ، وقال بعض الرواة : يحصنها ، لأنها بالغة مسلمة ونكاحها حلال^(١) .

قال الشيخ : يريد ابن القاسم إذا كان العقد في الصحة ووطئها في حال جنونها ثم أفادت فلم يطاها حتى زنت ، أن وطئها في حال جنونها لا يحصنها حتى يطأها بعد إفاقتها ، وفي قول غيره : يحصنها وطؤه ذلك وإن لم يطأها بعد إفاقتها .

[فصل ٣ — في الإحصان والإحلال بوطاء الصبي]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : / وإن لم يحتلم الصبي ومثله يقوى على الجماع ، فزوجه أبوه أو وصيه امرأة فبنى بها وجامعها لم يحصنها ولا يخلها ، ولا يجب لها بوطاء مهر ولاعدة عليها إن بارأ عنه أب أو وصي ، لأن وطء الصبي ليس بوطاء ، وتقع الحرمة بعقد نكاحه بين آبائه وأبنائه وبين هذه المرأة^(٢) .

قال مالك : ولاحد على كبيرة زنت بصبي صغير لم يبلغ ، وأما الصبية فهي تحصن الكبير^(٣) .

قال ابن المواز : وعلى هذا جماعة أصحاب مالك ، وقاله مالك .

ابن وهب : وقاله يحيى بن سعيد ، وقال : إنما ذكر الصبي بمنزلة الأصبع ، ولو زنى رجل بصبيقة مثلها يوطأ إلا أنها لم تحصن لحُد ، ولم تعد الصبية ، وقاله الأوزاعي ومالك والليث .

(١)، (٢) انظر : المدونة ٢/٢٨٦ ، تهذيب المدونة ص ٩٣ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٩١ ، تهذيب المدونة ص ٩٣ .

[فصل ٤ — في الإحصان والإحلال بوطء الخصى والمجنون]

ومن المدونة : وإذا تزوجت المرأة خصياً قائم الذكر فوطئها قبل علمها به ثم علمت به ، فاختارت فراقه لم يخلها ووطؤه ذلك ، ولم يكن إحصاناً لها ولاله ، ولا يكون الإحصان عند مالك إلا مايقام عليه الحد^(١) ولا خيار فيه .

وإن وطئها بعد علمها به ورضأها انقطع خيارها وأحلها ووطؤه ذلك ، وكانا به محصنين^(٢) ، لأنه نكاحٌ يُغتسل منه ، ويجب بوطئه الصداق والحد .

وكذلك إن تزوجت مجنوناً^(٣) ولم تعلم به فلها الخيار في فراقه ، وإن وطئها بعد علمها به ورضأها أحصنها ذلك ، لأنه نكاح صحيح ، ووطؤه يوجب الصداق والحد^(٤) .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا : وسواء كان^(٥) مقطوع الحشفة أو غير مقطوعها^(٦) .

قال الشيخ : وهذا هو ظاهر المدونة^(٧) ، وذكر عن سحنون أنه قال : إنما يكون لها الخيار إذا كان مقطوع الحشفة ، لأن اللذة فيها ، وأما إن كان غير مقطوع الحشفة فلا خيار لها ، ولا حجة لها أنه لا يولد مثله كما لا حجة لها إذا تزوجت رجلاً فوجدته عقيماً لا يولد له .

(١) الحد " ليست في ز ، ب .

(٢) في أ ، ب " وكان به محصناً " .

(٣) في ز " مجنوناً " ، وهو تصحيف .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٨٦ ، تهذيب المدونة ص ٩٣ .

(٥) أي الخصى .

(٦) أي فإنه يخلها ووطؤه ، قال ابن القاسم : وكذلك لو كان مقطوع الحشفة مع الأثنين فذلك يخلها . النوادر والزيادات ل ٢٦٨/١ .

(٧) انظر : المدونة ٢/٢٨٦ ، تهذيب المدونة ص ٩٣ .

وقال أبو القاسم بن الكاتب : انظر إن كان إنما جعل لها الخيار لأنه لا ينزل الماء الدافق فصار وطؤه ناقصاً لذلك ، ويؤيد ذلك إجماعهم أن ليس للرجل أن يعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها ، فدل أن الإنزال من حق الزوجة ، وليس كذلك الرجل العقيم لتكامل وطئه بإنزاله ، وإذا قد يولد له بعد ذلك .

قال ابن المواز : مذهب ابن القاسم إذا صح العقد ثم وطئها بعد ذلك في حال جنونه أحلها وأحصنها ، ولم يحصنها ذلك^(١) .

وقال أشهب : لا يَحُلُّها ولا يَحْصِنُها ، وإن كان سليمٌ وطئ مجنونةً في حال جنونها فذلك يُحصِنُها ويَحُلُّها ، لأن الوطء للرجل وإليه يُنظر .

وقال عبد الملك : لا أبالي من كان منها مجنوناً أو كنا مجنونين جميعاً في حال الوطء ، فذلك يَحُلُّ ويحصن إذا صح العقد في الإفاقة ، ويعقد^(٢) من يجوز عقده عليها^(٣) .

[فصل ٥ - في الإحصان والإحلال بوطء العبد للحرة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن تزوجت الحرة عبداً أذن له سيده في النكاح ، فرطتها قبل علمها به لم يحصنها ولم يُحَلِّها ولها الخيار في فراقه حتى تعم ، فإن وطئها بعد علمها به ورضاها أحلها وأحصنها ، ولأخيارها بعد^(٤) .

ابن المواز : قال مالك : وإذا تزوجت عبداً بغير إذن سيده ودخل بها لم يحصنها وطؤه حتى يميزه السيد ، ثم يطأ العبد بعد ذلك .
وقال أشهب : إذا أجازها أحلها الوطء الأول^(٥) .

(١) وقال ابن القاسم أيضاً : أنه إن كانت هي المجنونة فلا يحصنها وطؤه ولا يحلها ، والزواج به يحصن . انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٦٨/١ .

(٢) في ز "أو" بدل الواو .

(٣) انظر : المصدر نفسه لـ ٢٦٨/٢ .

(٤) انظر : المدونة ٢٨٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٣ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٦٨/١ .

[فصل ٦ — في الإحصان والإحلال بنكاح المجهوب]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولا يحصن المرأة ولا يحصنها بمجهوب^(١) ، إذ لا يبطأ^(٢) .

ابن حبيب : قال أصبغ عن ابن القاسم فيمن تزوجت شيخاً فلم ينتشر فأدخلت ذكره بأصبعها ثم فارقها / قال : إن انتشر بعد أن أدخلته وعمل أحلها [١/٩٧] ذلك لمن أبتّها ، وإن بقي كذلك فلا يحلها^(٣) .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ولو وطئ فوق الفرج فأنزل ودخل ماؤه في فرجها وأنزلت هي أيضاً^(٤) فلا يحلها^(٥) ولا يحصنها^(٥) .

[فصل ٧ — في الإحصان والإحلال بوطء الحر للأمة المسلمة والحررة الكتابية]

ومن المدونة : ويحصن الحر ووطء الأمة المسلمة والحررة الكتابية^(٦) بنكاح صحيح ، وإن فسد النكاح لم يحصن^(٧) .

(١) انظر : المدونة ٢٨٧/٢ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٦٨/١ .

(٣) "أيضاً" ليست في ز .

(٤) "فلا يحلها" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المصدر نفسه لـ ٢٦٨/١ .

(٦) في أ ، ب "ويحصن المرأة والأمة المسلمة والحررة والكتابية" .

(٧) انظر : المدونة ٢٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٣ .

ابن المواز : وروى ابن وهب أن عبد الملك بن مروان^(١) سأل عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود^(٢) ، هل تحصن الأمة الحر؟ قال : نعم ، فقال له : عمن تروي هذا؟ قال : أدركت أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يقولون ذلك^(٣) .
ومن المدونة : قال ربيعة : يحصن الحر المملوكة ويحصن الحر بالعبد ، وقاله علي بن أبي طالب وجماعة من الصحابة والتابعين^(٤) .
والأمة المسمة والحررة الكتابية يملهن وطء العبد أو الحر المسلم بتكاح ، ولا يكونان به محصنين حتى توطأ هذه بعد الإسلام ، وهذه بعد العتق ، والعبد لا يحصنه ذلك حتى يوطأ بعد عتقه ، والوطء بعد عتق أحدهما يحصن المعتق منهما ، والعبدان إذا عتقا وهما زوجان فلم يجامعا بعد العتق حتى زنيا لم يكونا به محصنين حتى يوطأها بعد العتق^(٥) .

(١) هو أبو الوليد عبد الملك بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية ، الخليفة الفقيه ، سمع عثمان وأبا هريرة وأبا سعيد وأم سلمة ومعاوية وابن عمر وغيرهم ، كانت ولايته المجمع عليها بعد ابن الزبير ثلاث عشرة سنة ، قال الذهبي : كان من رجال الدهر ودهاة الرجال ، توفي بدمشق سنة ٨٦ هـ .

انظر : الطبقات ١٧٢/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٣٤/٥ ، شذرات الذهب ٩٧/١ .
(٢) هو عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود ، الهذلي ، المدني ، إمام ، فقيه ، ثقة ، مفتي المدينة وعالمها ، أحد الفقهاء السبعة ، روى عن أبي هريرة وابن عباس وعائشة وابن عمر ، وأبي سعيد الخدري وغيرهم ، توفي بالمدينة سنة ٩٨ هـ ، وقيل ٩٩ هـ .
انظر : الطبقات ١٩٣/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٩٣/٥ .

(٣) أخرجه البيهقي ، كتاب الخلدود ، باب ما جاء في الأمة تحصن الحر ٣٧٧/٨ رقم (١٦٩٤٤) .
(٤) فمن التابعين : سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن قسيط وابن شهاب . انظر : المدونة ٢٨٧/٢ .
(٥) انظر : المصدر نفسه ٢٩٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٤، ٩٣ .

[فصل ٨ — في الإحصان والإحلال بمجرد الخلوة ، وبزنا المرأة]

ومن المدونة : قال مالك : ومن بنى بزوجه ثم طلقها فادعت الميسر وأنكره ، فالقول قول المرأة في الصداق ، وعليها العدة ، ولا يملك الرجعة ، ولا يحلها ذلك لزوج كان طلقها ألبتة ، إلا بتقاررها على الوطء^(١) .

قال ابن القاسم : أما في الإحلال فلا تمنع المطلق منها وأدبئها^(٢) وأخاف أن إنكار الزوج ليضرَّ بها في نكاحها ، ولا يكون الزوج محصناً ، لأنها لاتصدق عليه في الإحصان^(٣) .

قال بعض الرواة : وإن أخذت منه الصداق ، لأنه إنما أخذ منه الصداق^(٤) بما مضى به الحكم الظاهر وهو لم يقر بأنه أصابها^(٥) .

قال مالك : ولا تكون هي محصنة إن زنت^(٦) .

قال غيره : ولها أن تسقط ما أقرت به من الإحصان قبل أن تؤخذ في زناً أو بعد ما أخذت وتقول : أقررت لأخذ الصداق^(٧) .

قال الشيخ : يريد : فإذا رجعت عن إقرارها بالإحصان رجع عليها الزوج بنصف الصداق ، وقاله أبو الحسن بن القاسمي .

وقال بعض فقهاءنا : يحتمل أن يكون هذا في الرشيدة ، وأما السفيرة فالصداق صار مالاً من مالها فليس لها إتلافه .

(١) انظر : المدونة ٢٨٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٤ .

(٢) "وأدبئها" مكانها بياض في أ ، ب .

(٣) المصنف نفسه ص ٩٤ .

(٤) "الصداق" ليست في ز .

(٥) المدونة ٢٨٩/٢ .

(٦)، (٧) تهذيب المدونة ص ٩٤ .

قال الشيخ : والرشيده عندي والسفيهه سواء في ذلك ، لأن ذلك إنما يُعلم من جهتها ، وبدعواها أخذته ، فإذا رجعت عن ذلك وجب رده ، لأنها لو شاءت أولاً لم تدعه ، وأمور الصدقات في هذا المعنى إنما تؤخذ من قِبَل الزوجات .

قال الشيخ : وحكي عن بعض شيوخنا فيمن لم تُعلم له بزوجته خبوة ، فظهر بها حملٌ فلاعن منه فإن ذلك يحصنها لإقرارها بالإحصان ، ولا يحلها .

قال بعض فقهاءنا : ولو رجعت هذه فقالت : ليس الولد منه ، فيحتمل أن يقال : لا يقبل رجوعها في نقض الإحصان ، لأن الولد لا يزول نسبه بقولها ، ولو استلحقه الزوج لِحَقِّ به ، ولم يُلتفت إلى رجوعها ، ومن نفى هذا الولد عنى غير وجه الخير حُد ، فصار كالولد الحلال في الحكم لا كولد الزنا ، فلهذا لا يقبل رجوعها ، والله أعلم .

قال الشيخ : أما قوله في الولد فصواب ، لا يُنفى برجوعها ، ولأب أن يستلحقه ، وأما في الإحصان فيظهر لي أن لها أن تسقطه وتقول : ادعيت الوطء لثلاثٍ أحد ، فيجب أن يقبل ذلك منها ويُحَد ، وكما يقبل قولها في مسألة الكتاب إذا قالت : إنما أقررت بالوطء لآخذ الصداق ، ويسقط بذلك / الإحصان^(١) ، وكذلك يسقط إذا قالت : إنما ادعيت وطء الزوج خوفاً من الحد ، فهذه أعذر من الأولى^(٢) ، والله أعلم .

(١) وقد تقدمت قريباً .

(٢) أي من التي رجعت عن إقرارها بالإحصان بعد اللعان .

[فصل ٩ — في الإحصان بزنا أحد الزوجين بعد إقامته مع الآخر وإنكاره الوطء]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن أقرَّ بجماع امرأته من عنيين أو غيره ، وأنكرت هي ثم طلقها ألبتة ، كانت مخيرةً في أخذ الصداق أو تركه .

قيل له : فإن زنت المرأة بعد ذلك ، أتكون محصنة؟

قال : لا تكون محصنة إلا بأمرٍ يُعرف به المسيس بعد النكاح .

قال ابن القاسم : وإذا أقامت امرأة مع زوجها عشرين سنة ، ثم أخذت

تزني فقالت : لم يكن الزوج جامعني ، والزوج مقرُّ بالجماع فهي محصنة .

قال سحنون : وكذلك يقول غيره : أنها محصنة ، وليس لها إنكار ، لأنها إنما

تدفع حدًّا قد وجب عليها ، ولم يكن منها قبل ذلك دعوى^(١) .

قال في كتاب الرجم : وإن طالَّت إقامة الرجل مع زوجته ثم زنى فقال : لم

أجامعها ، فإن لم يعلم وطؤه بولدٍ يظهر ، أو بإقرار فلاحده عليه .

قال مالك : ويخلف ، وإن عدم منه إقرار بالوطء رُجم^(٢) .

قال يحيى^(٣) : هذا خيرٌ مما في كتاب النكاح^(٤) ، قال ابن المواز : وهو قول

أصحابنا^(٥) .

قال الشيخ : كأنهما أشارا^(٦) إلى أن هذا منه اختلاف قول ، وكذلك نحا

إليه أبو محمد ولم يتعقبه^(٧) ، وذكر عن بعض المتأخرين من أصحابنا : أن ذلك ليس

(١) انظر : المدونة ٢/٢٨٩ ، تهذيب المدونة ص ٩٤ .

(٢) انظر : المدونة ٦/٢٣٦ .

(٣) أي يحيى بن عمر الأنلسي .

(٤) في أ "الناس" .

(٥) أي عدم الرجم إن لم يعلم وطؤه .

انظر : النوادر والزيادات ل ٢٦٩/١ .

(٦) أي يحيى بن عمر ومحمد ابن المواز .

(٧) كما في النوادر والزيادات ل ٢٦٩/١ .

باختلاف قول ، وإنما اختلف جوابه^(١) فيهما لاختلاف السؤالين ، وذلك أنه في مسألة كتاب النكاح هذه ، الزوج فيها مقرٌ بجماعها ، فقد وجب الرجم عليها فلا ينفعها إنكارها بعد وجوب الرجم ، وفي مسألة الحدود لم تدَّع المرأة أنه جامعها ولا أقر الزوج بجماعها ، فلذلك لم يرجم^(٢) .

قال الشيخ : والأظهر أنه اختلاف قول ، هذا ظاهر قولهم ، لأنهم إنما عللوا المسألة باختلافهما في الوطء بعد الزنا أو قبله .

ونص مافي كتاب ابن المواز قال : فإذا أقام معها عشرين سنة ثم فارقها ، فرزت ، وقد اختلفا في الوطء؟ قال : قال ابن القاسم وابن عبد الحكم : إن اختلفا بعد الزنا لم يقبل قول من أنكر الوطء والرجم قائم ، وكذلك لو لم يُقِمَّ معها إلا ليلة واحدة .

قال عبد الملك : فإن كان اختلافهما قبل الزنا فعليهما حد البكر وإن طالت إقامته معها ، كانت تحته أو فارقها ، كما لو قالت بعد طول السنين وهي تحته : لم يمسي ، وطلبت أجل العنين وصدَّقها ، أن ذلك لها^(٣) .

قال الشيخ : فجعلوا العنة لاختلاف قبل الزنا وبعده ، لأنه بعد الزنا يريد رفع حدٍ وجب ، فلا يقبل منه ، وليس العنة إقرار الزوج بالجماع ، لأن إقراره بذلك لا يوجب إحصانها إذا أنكرت ذلك قبل الزنا ، ولا يكون هو محصناً بدعواها هي الوطء أيضاً قبل الزنا ، وإنما العنة أن الحد إذا وجب فلا يقبل قول من أراد رفعه .

قال الشيخ : فالقول الآخر أصوب^(٤) لقول النبي عليه الصلاة والسلام :

(١) أي ابن القاسم كما تقدم .

(٢) في ز " لم يرجم " .

(٣) المصدر نفسه ل ٢٦٩ / ١ .

(٤) وهو القول بعدم الإحصان .

"ادرؤا الحدود بالشبهات"^(١) .

[فصل ١٠ — في الوطاء الذي يحصن الزوجين ويحل المبتوتة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى مات فادعت أنه طردها ليلاً^(٢) فجامعها ، لم تصدق ، ولا يحلها ذلك لزواج كان طلقها ألبتة إلا بدخول يُعرف ، وإن زنت لم تكن محصنة بقولها ذلك ، وهي مثل الأولى لها طرح ما دعت .

قال ابن القاسم : ولا يحصن الزوجين ويحل المطلقة ثلاثاً إلا نكاح يصح عقده ويصح الوطاء فيه ، ولا يجزئ من الوطاء إلا مغيب الحشفة وإن لم يُنزَل ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : "حتى تذوق العُسيلة"^(٣) ، وقاله مالك .

قال ابن القاسم : ولا يكون بوطء الملك [محصناً]^(٤) ولا بنكاح لا يقرآن عليه وإن رضي الولي ، كمن تزوج ذات تحرم منه ، أو حرة زوجت نفسها ، أو أمة زوجت نفسها بغير إذن السيد ، أو تزوج امرأة على عمتها أو خالتها أو أخت

(١) أخرجه الترمذي ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود ٢٥/٤ رقم (١٤٢٤) ، والدارقطني ، كتاب الحدود والديات وغيره ٨٤/٣ رقم (٨) ، والحاكم ، كتاب الحدود ٤٢٦/٤ رقم (٨١٦٣) بلفظ : "ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم" .

وقد ضعف هذا الحديث ابن حجر في بلوغ المرام ص ٢٥٩ ، لأن في سنده يزيد بن زياد الدمشقي وهو معروك ، انظر : التقريب ٣٢٤/٢ رقم (٧٧٤٤) فهو ضعيف مرفوعاً ، وصح موقوفاً عن ابن مسعود رضي الله عنه بلفظ : ادرؤا الجلد والقتل عن المسلمين ما استطعتم . أخرجه البيهقي ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات ٤١٣/٨ رقم (١٧٠٦٤) وقال : هذا موصول . وقال عنه ابن حجر : أصح ما فيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود . التلخيص الخبير ٥٦/٤ .

(٢) "ليلاً" في ز مطموسة ، وفي أ ، ب "ألبتة" ، والتصحيح من المدونة .

(٣) سبق تخريجه ص ٣٤٧ .

(٤) من تهذيب المدونة .

امراته . ودخل بها ، أو بجمعهما في عقدة ، ولم يعلم بذلك / كله ، فلا يُحِلُّها ذلك [١/٩٨] ولا يُحصنها ، وكذلك مالمولي أو أحد الزوجين إجازته أو فسخه ، كاستخلاف الحرة أجنبياً يزوجها من رجلٍ بغير إذن وليها فيدخل بها ، ونكاح العبد بغير إذن سيده ، فلا يحلُّها ذلك الوطء ولا يحصنها ، وإنما يحلُّها ويحصنها إذا وطئها بعد إجازة^(١) المولي أو السيد^(٢) .

قال الشيخ : وقد تقدم قولٌ لأشهب في ذلك^(٣) .

قال ابن القاسم : وكذلك الزوج في عيوب المرأة لا يحلُّها وطؤه ولا يحصنها قبل علمه بعيوبها حتى يطأها بعد العلم ، وكل وطء أحصن الزوجين أو أحدهما فإنه يُحِلُّ المبتوتة ، وليس كل ما يُحِلُّ^(٤) يُحصِّن ، وذلك في الصغيرة والنصرانية والأمة فإن ذلك يحلُّهن ، ولا يحصنهن إلا ميسرٌ معروفٌ ليس لأحدٍ فسخه ، ولو صح العقد وفسد^(٥) الوطء ما أحصن ولا أحلَّ كوطء الحائض ، أو أحدهما معتكفٌ أو صائمٌ في رمضان أو محرم ، وكل وطء نهى الله سبحانه عنه حتى يطأ بعده وطئاً صحيحاً^(٦) .

قال المغيرة : قال الله تعالى : ﴿فَلَا تُحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾^(٧) وقد نهى الله تعالى عن وطء الحائض^(٨) ، فلا يكون مانهياً عنه يُحِلُّ ما أمَرَ به^(٩) .

(١) في أ ، ب "بغير إذن" .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٩٠-٢٩٢ ، تهذيب المتنونة ص ٩٤ .

(٣) أي في نكاح العبد بغير إذن سيده فقال : إذا أجاز السيد أحبا وطؤه الأول .

(٤) "يحل" ليست في أ ، ب .

(٥) في أ "وفسخ" ، وهو تحريف .

(٦) انظر : المدونة ٢/٢٩٢ ، تهذيب المتنونة ص ٩٤ .

(٧) سورة البقرة : آية ٢٣٠ .

(٨) يشير إلى قوله : ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَيْضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْتَرِلُوا نِسَاءَ فِي الْخَيْضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٢ .

(٩) أي فلا تحل المبتوتة لمطلقها وطؤها في الحيض .

انظر : المدونة ٢/٢٩٢ .

قال الشيخ : وسئل أبو عمران عن المرأة ترى القصة البيضاء^(١) فيطوها زوجها قبل أن تغتسل ، هل يحصنها ذلك؟
فقال : أما على مذهب ابن بكير الذي يجعل الإمساك عنها استحباباً فلاشك في ذلك^(٢) ، وأما على مذهب أصحابنا فإنهم شددوا في وطئها ، وهم يقولون في الإحصان : إن كل ما اختلف فيه من النكاح لا يحل ولا يحصن ، فهذا من ذلك المعنى.

قال ابن المواز في وطء الحائض والمعتكف والصائم في رمضان ووطء المحرم وكل وطء نهى الله عنه فقول أصحاب مالك المصيرين كلهم ابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ : أن ذلك لا يحل ولا يحصن ، ورووه عن مالك^(٣) ، وقال المغيرة وابن دينار : أن ذلك يحصن ولا يحل ، وروياه عن مالك^(٤) ، وقال لي عبد الملك : هو عندي يحل ويحصن^(٥).

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : أنه وطء فاسدٌ ممنوعٌ منه كالعقد إذا وقع على وجهٍ فاسدٍ ممنوعٍ منه ، فإنه لا يحل ولا يحصن بإجماعٍ منهم .
وجه قول المغيرة : أنه لا يحل ، فلائنه وطءٌ منهىٌ عنه فلا يحل ما أمر الله به ، وكان ذلك يحصن ، فلائنه حرٌ مسلمٌ وطئ في عقد نكاحٍ صحيحٍ يعفُّ به ، فوجب أن يحصنه كالوطء الصحيح .

-
- (١) القصة البيضاء : قال أبو عبيدة : القصة : التراب الأبيض فإذا رأت المرأة بياضاً على الخرقه استدلت بذلك على براءة زوجها .
انظر : غرر المقالة في غريب الرسالة ص ٨٥ .
- (٢) أي في أنه يحصنها .
- (٣) قال ابن المواز : ورووه عن مالك في الحائض ، ورواه عنه في بقية ذلك عبد الملك .
النوادر والزيادات ل ٢٦٨ ب .
- (٤) وقد ذكر ابن رشد أن مالكاً رجع عن هذا القول .
انظر : البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة ، تأليف محمد بن رشد القرطبي ، تحقيق محمد حجي ، وأحمد الشرقاوي إقبال (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط/بدون ، ١٤٠٤هـ) ٤٢/٥ .
- (٥) وهو اختيار ابن حبيب كما سيأتي قريباً . انظر : النوادر والزيادات ل ٢٦٨ ب .

قال الشيخ : ولو عكس المغيرة قوله فقال : يُجِلُّ ولا يُحَصِّن ، لكان أبين ، ووجه ذلك : فلأنها ذاقَت العُسَيْلَةَ في عقد نكاح كالوطء الصحيح ، ولم يحصن حرمة النفس ، ولمراعاة الخلاف ، وقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام : " ادروا الحدود بالشبهات " ^(١) فتقله من الرجم إلى الجلد من دراية الحد .

ووجه قول عبد الملك ^(٢) : " فلأنه حرٌّ مسلمٌ بالغٌ صحيح العقل وطئ في عقد نكاح صحيح وطئاً لأحد عيه فيه ، تعقفت به ، وذاقَت العُسَيْلَةَ ، فوجب أن يُجِلَّ ويحصن كالوطء الصحيح .

قال ابن حبيب : وإن وطئها في صوم تطوع أو قضاء رمضان أو نذر لأيام بغير أعيانها [جاهلاً] ^(٣) فوطؤه يُجِلَّ ويحصن إجماعاً من قول مالك وأصحابه ^(٤) ، لأنه لو أفطر يوماً من قضاء رمضان ، أو من نذر بغير عينه ساهياً جاز له فطر باقيه إن شاء ويقضيه ^(٥) .

وذكر سحنون في العتية عن ابن القاسم : إن وطئ الصائم في فرض أو نذر لا يحلها ولا يحصنها ، ووقف في صوم التطوع ، ثم قال : قال مالك : لا يحصن ولا يحل إلا في عقد صحيح لا خيار فيه / لأحد ، ووطئ صحيح لا في اعتكاف أو حيض أو [٩٨/ب] إجماع أو صوم وشبه ذلك ^(٦) .

(١) سبق تخريجه ص ٣٥٧ .

(٢) وهو أنه يجل ويحصن .

(٣) من النوادر .

(٤) قال ابن رشد : وحكى - ابن حبيب - أنه يجمع عليه من قول مالك وأصحابه وليس بصحيح . البيان والتحصيل ٤٢/٥ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢٦٨/ب .

(٦) انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٤١/٥ .

فصل [١١] — في عدم الإحصان بوطء النصراني للنصرانية وعدم الإحلال بنكاح المحلل

ومن المدونة : قال مالك : والنصرانية يَتَّهَمُ مسلماً فلا يحلها وطء نصراني بنكاح إلا أن يطأها بعد إسلامه ، لأن ذلك ليس^(١) بنكاح إلا أن يُسلم الزوج وحده ، أو يُسلما جميعاً فيثبت النكاح .

ولا يخصص الوطء بين النصرانيين حتى يطأها بعد إسلامهما .
وإن طلق الحر زوجته ثلاثاً أو^(٢) العبد طلقته لم تحل له إلا بعد زوج ، ولا يحلها نكاح المحلل حتى يكون نكاح رغبة غير مدالسة^(٣) ، وقاله عثمان وعلي وابن عباس ، وكثير من التابعين^(٤) .

قال ابن المسيب : لو فعلت لكان عليك إثمهما مابقياً .
قال الوليد^(٥) : كنت أسمع أن الزناة ثلاثة : الرجل والمحلل والمرأة .
وقال بعضهم^(٦) : اتق الله ولا تكن مسمار نار في كتاب الله تعالى^(٧) .

(١) "ليس" ليست في أ .

(٢) في جميع النسخ "واو" بدل "أو" .

(٣) أي غداعة .

(٤) كسعيد بن المسيب وطاوس بن كيسان وعبد الله بن يزيد بن هرمز وغيرهم .

(٥) هو أبو العباس الوليد بن مسلم البصري ، مولد بني أمية ، عالم أهل الشام ، إمام ، حافظ ، روى عن مالك وابن جريج والأوزاعي واليث والثوري وغيرهم ، توفي بذي الحجة من الحجة سنة ١٩٥ هـ .

انظر : ترتيب المداوك ٤١٥/١ ، سير أعلام النبلاء ١٣٢/٨ ، شذرات الذهب ٣٤٤/١ .

(٦) وهو الحسن البصري .

(٧) قال ذلك لما جاءه رجل فقال : إن رجلاً من قومي طلق امرأته ثلاثاً فقدم وتقدمت فأردت أن أنطلق فأزوجها وأصدقها صداقاً ثم أدخل بها كما يدخل الرجل بامرأته ثم أطلقها حتى تحل لزوجها فقال له الحسن : اتق الله يا فتى ولا تكونن مسمار نار لحنود الله .

أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في الرجل يطلق امرأته فيتزوجها رجل ليحلها له ٥٤٨/٣ رقم (١٧٠٨٥) .

فقلت لمالك : إنه يحتسب في ذلك؟^(١)

قال : يحتسب في غير هذا^(٢) .

ومن كتاب ابن حبيب : وإذا نوى أن يترجها فإن أعجبته أمسكها وإلا كان قد احتسب في تحليلها للآخر لم يجز ذلك أيضاً إذا خالطت نيته^(٣) التحليل ، ولا تحل بذلك للآخر إن علم ، وعنى هذا^(٤) أن يُعلم بما اعتقد حتى يجتنبها^(٥) .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك : وإنما يفسد ذلك بعلم المحلل وإرادته وإن لم يعلم الزوجان ، ولو نكح عى الصحة ولم يُرد ذلك لم يضره علم الزوجين وإرادتهما ، ويحلها ذلك .

قال مالك : لا يضره مانوت هي ، لأن الطلاق ليس بيدها .

قال مالك : وإذا فسخ نكاح المحلل وقدبنى فله نكاحها بعد ذلك ، وأحب إلي أن لا ينكحها أبدا .

قال ابن عبد الحكم عن مالك : ويفسخ نكاح المحلل وإن بنى بها فلها صداق المثل ، قال ابن المواز : بل المسمى ، وهو قول مالك .

وقال : ويفسخ ببطقة بائنة بالقضاء إن كان بإقرار منه ، ولو ثبت عليه أنه أقر بذلك قبل النكاح فليس بنكاح ، ولو تزوجها بذلك زوجها الأول فسخ ذلك بغير طلاق إذا علم بذلك ، وإن لم يعلم فإثمهما على من علم ذلك ما بقيا^(٦) .

(١) أي يحتسب الآخر بهذا النكاح .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٩٣-٢٩٦ ، تهذيب المدونة ص ٩٤ .

(٣) في أ ، ب "نية" ، وهو تصحيف .

(٤) أي نكح المطلقة ثلاثاً .

(٥)، (٦) النوادر والزيادات ل ٢٦٧/ب ، ٢٦٨/أ .

فصل [١٢] — في أثر الردة على الإحصان والإحلال

ومن المدونة : والردة تزيل إحصان المرتد من رجل أو امرأة ، ويأتفان الإحصان إذا أسلما ، لقول الله تعالى : ﴿لَمَّا أَشْرَكْتَ لِيَحْبِطَنَّ عَمَلُكَ﴾^(١) ، ومن زنى منهما بعد رجوعه إلى الإسلام وقبل تزويجه لم يُرجم ، وقد قال مالك : إذا ارتدت وقد حجت ثم رجعت إلى الإسلام استأنفت الحج ، ولم يجرها ما حجت قبل ردتها^(٢) .

ابن المواز : ولو طلق رجل امرأته أثبتة فتزوجت غيره فحلت للأول ثم ارتدت لسقط ذلك الإحلال كما يسقط الإحصان^(٣) .

قال الشيخ : يريد لأنها أبطلت فعلها في نفسها وهو نكاحها الذي أحلها كما أبطلت نكاحها الذي أحصنها ، بخلاف ارتداد الزوج الذي أحلها ، لأن ذلك فعل فعله في غيره فلا يبطله ارتداده .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا ارتد وعيه يمين بالله أو بعثي أو بطهار فالردة تسقط ذلك عنه^(٤) .

قال ابن المواز : وكذلك يمينه بالطلاق وبالعق وبالمشي أنه إذا^(٥) ارتد تم تاب سقط ذلك عنه ، وقد ذكر عن ابن القاسم أنه يلزمه أيمانه بالظهار ، ولم يعجبنا .

ابن المواز : ولو حنث في ظهار بمجرد فلزمته الكفارة ، ثم ارتد ، ثم أسلم لسقطت الكفارة عنه ، ولو لم يحنث لم يسقط الظهار عنه كالطلاق^(٦) .

(١) سورة الزمر : آية ٦٥ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٩٠ ، تهذيب المدونة ص ٩٤ .

(٣) قال عبد الحق : بخلاف ارتداد الزوج إن أحل فاعلم ذلك .

انظر : النكت والفروق ل ٦٩/أ .

(٤) المدونة ٢/٢٩٠ ، تهذيب المدونة ص ٩٤ .

(٥) "إذا" ليست في أ .

(٦) انظر : النكت والفروق ل ٦٩/أ .

قال الشيخ : لأنه إذا حنث صارت الكفارة كنذرٍ نذره للمساكين ، فإذا ارتد ثم أسلم سقط ذلك عنه ، وإذا لم يحنث فالظاهر باقٍ عليها منه كالطلاق ، ولأنها مخاطبةٌ ألا يقربها في الطلاق ثلاثاً إلا بعد زوج ، وفي الظهار حتى يكفر ، فلا يزال ذلك عنها ارتداده إلا أن ترتد هي أيضاً فسقط ذلك عنهما .

ومن المدونة : / قال سحنون : وقال بعض الرواة : لا تطرح رده إحصانه [٩٩/أ] في الإسلام ، ولأيمانه بالطلاق ، ألا ترى أنه لو طلق زوجته ثلاثاً قبل أن يرتد ثم رجع إلى الإسلام أكان يكون له^(١) تزويجها بغير زوج؟ وكذلك لو نكح امرأة قد كان طلقها زوجها ثلاثاً فوطئها قبل رده فحلت لمن أبتّها لم تبطل ذلك رده^(٢) .

قال الشيخ : وهذا احتجاجٌ منكسر ، لأن التي أحلّها لزوجها قد تم الإحلال فيها قبل رده ، فلا تسقطه رده ، لأن رده إنما تسقط أفعاله في نفسه لأفعاله في غيره ، ألا ترى أنه لو اعتق عبداً أو أعطى عطيةً ثم ارتد ، ثم أسلم أكان يبطل ذلك^(٣) رده؟ وكذلك المرأة التي طلقها ثلاثاً لا ترجع إليه ، لأنه فعل فعلة في غيره ، ولأنه وإن حل ذلك له فهي لا يحل^(٤) لها أن تتزوجه إلا بعد زوج ، إلا أن ترتد هي أيضاً ثم تُسلم ، فيحل له أن يتزوجها قبل زوج ، وقاله ابن عبد الحكم في ارتدادهما جميعاً : إنها تحل له قبل زوج .

قيل : فإن كانت الزوجة نصرانيةً فطلقها ، ثم ارتد ، ثم رجع إلى الإسلام؟ فقال أبو محمد وغيره : لا تغل له ، لأنها مخاطبةٌ بالإسلام وأحكامه ، وهو فيها كالسافر يقدم مفطراً في رمضان فلا يحل له وطؤها .

قال الشيخ : والعلة المستمرة أنها إنما تسقط عنه برده مافعله في نفسه ، لا مافعله في غيره ، أصله العتق .

(١) "له" ليست في أ .

(٢) نظر : المدونة ٢٩٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٤ .

(٣) "ذلك" ليست في أ .

(٤) "لا يحل" ليست في أ .

[الباب الخامس] في مناكم المشركين وإسلام أحد الزوجين

[فصل ١ — في حكم أنكحة المشركين]

ونكاح المشرك عندنا فاسد^(١) ^(٢) ، وإنما يصح منه بالإسلام مالم ابتداء العقد عيها بعد الإسلام لجاز ، ومالا يجوز أن يتدنه بعد الإسلام لم يصح البقاء عليه كالعقد على ذوات المحارم^(٣) .

والدليل على فساد أن صحة العقد مفتقرة إلى شروط هي معدومة في أنكحتهم منها الولي ، ورضى المنكحة ، وأن لا تكون في عدة ، وبصدق مما يجوز تملكه ، وبشهود ، وأنكحتهم خالية من ذلك فوجب فسادها ، وإنما تصح لهم بالإسلام^(٤) ، لقوله عليه الصلاة والسلام : "الإسلام يَجِبُ ما قبله"^(٥) ، ولأنه عليه الصلاة والسلام أقر من أسلم على نكاحه^(٦) .

(١) "فاسد" ليمت في أ .

(٢) نظر : المعونة ٨٠٣/٢ ، الذخيرة ، تأليف أحمد بن إدريس القراني ، تحقيق محمد أبو خبزة وآخرون (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤م) ٣٢٥/٤ .

(٣) انظر : التلقين ٣٠٧/١ .

(٤) انظر : المعونة ٨٠٣/٢ .

(٥) أخرجه مسلم ، كتاب الإيمان ، باب كون الإسلام يهدم ما قبله وكذا الحجر والحج ١١٢/١ رقم (١٩٢) .

(٦) كإقراره صلى الله عليه وسلم نكاح سفيان بن حرب وعكرمة بن أبي جهل وصقوان بن أمية لما أسلموا .

أخرج ذلك البيهقي ، كتاب النكاح ، باب من قال : لا ينسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما إذا كانت مدخولا بها حتى تنقضي عدتها قبل إسلام المتخلف منهما ٣٠١/٧ رقم (١٤٠٦٢)

[فصل ٢ - في النصراني ينكح النصرانية بخمير أو خنزير أو بغير مهر]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا تزوج نصراني نصرانية بخمير أو خنزير أو بغير مهر أو شرطاً إلا مهر لها ، وهم يستحلون ذلك في دينهم ثم أسلم أو أسلما جميعاً بعد البناء ثبت النكاح ، فإن كانت قد قبضت قبل البناء ماذكرنا فلا شيء لها غيره ، وإن لم تكن قبضته وقد بنى بها فلها صداق المثل ، وإن كان لم يبن بها حتى أسلما وقد قبضت ماذكرنا أو لم تقبضه خير بين إعطائها صداق المثل ويدخل بها أو الفراق ويكون طلاقاً ، ويصير كمن نكح على تفويض .

وقال غيره : فإن قبضته مضى ذلك ولا يكون لها غيره بنى بها أو لم يبن^(١) .

^(٢) وقاله ابن القاسم في كتاب محمد ، قال محمد : وهذا عدل^(٣) .

قال ابن المواز : وإن وجد بيدها - يريد محمد : وقد أسلمت - كُسِرَ عليها الخمر وقُتِلَت الخنازير .

قال : وقال ابن القاسم في الأسدية : سواء قبضت أو لم تقبض إذا لم يبن ، فإن شاء بنى وودى صداق المثل وإلا فارق وكانت طلاقاً ولا شيء عليه ، وهذا غلط ، وقال أشهب : يفسخ إذا لم يدخل إلا أن يعطيها ربع دينار ، واستحبه أصبغ .

- قال الشيخ : قول أشهب : يعطيها ربع دينار ، يريد إذا كان قبل البناء وقد قبضت ذلك ، وكذلك فسر في غير هذا الموضع .

وقال البرقي عن أشهب : يعطيها صداق المثل .

قال أبو محمد : وقول ابن القاسم وعبد الملك هو المعمول به / أنه كالتفويض [٩٩/ب] .

فإن قبضت نصفه كان لها نصف صداق المثل ، وكذلك فيما قل أو كثر على هذا الحساب .

(١) انظر : المدونة ٢/٢٩٧ ، تهذيب المدونة ص ٩٤ .

(٢) ساقط من ز .

(٣) انظر : التوارد والزيادات ل ٢٧١/٢ .

أبو محمد : يريد إن شاء البناء ولم يكن بنى .

- قال الشيخ : إنما يصح هذا^(١) في قول ابن القاسم إذا بنى ، وأما إذا لم يبن فهو يقول : إذا قبضت جميعه لم يكن للزوج أن يدخل حتى يعطيها صداق المثل أو يفارق بطلقة ، وهو كمن نكح على تفويض .

- قال الشيخ : وسواء قبضت جميعه أو بعضه أو لم تقبض شيئاً لا يكون للزوج أن يدخل حتى يدفع صداق المثل - .

قال أبو محمد : ولو وهبت نفسها لرجعت إلى صداق المثل ، وهذا كله قبل البناء ، فأما إن بنى ولم تقبض شيئاً فلا شيء لها في الخمر والخنزير ولا في الهبة . قال أبو محمد : وهذا خلاف ما في المدونة^(٢) .

قال الشيخ : يريد أنه خلاف المدونة في الخمر والخنزير^(٣) ، وأما في الهبة أو بغير صداق فلا ، وظاهر المدونة ألا شيء لها عليه كما قال أبو محمد . وإن كان ابن حبيب قد قال : إذا تزوجت بغير صداق شرط مشروط ثم أسلم قبل البناء خير بين إعطائها صداق المثل أو فارق ، وإن أسلم بعد البناء أعطائها صداق مثلها وثبت النكاح^(٤) .

قال الشيخ : وهذا خلاف ظاهر المدونة ، لأنه أسلم بعد البناء ولا تباعة لها عليه ، فهي كمن قبضت الخمر والخنزير فلا تتبعه بشيء إذا أسلم ، وقاله أبو الحسن ابن القاسي^(٥) .

ابن حبيب قال : وإن أسلمت هي دونه قبل البناء فسخ النكاح ولا شيء عليها فيما قبضت من خمر أو خنزير لأنصف ولا غيره^(٦) .

قال الشيخ : وحكي عن بعض شيوخنا من القرويين أن عليها قيمة ما قبضت وإن كان قائماً ، ويراق الخمر عليها وتقتل الخنازير ، لأنها منعت من ذلك

(١) أي إعطائها نصف صداق المثل .

(٢) المصدر نفسه ل ٢٧١/ب .

(٣) أي فلها صداق المثل كما تقدم قريباً .

(٤) المصدر نفسه ل ٢٧١/ب .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٥/أ .

(٦) النوادر والزيادات ل ٢٧١/ب .

بإسلامها ، وكانت كالمسلم يَسْتَهْلِكُ ذلك للنصراني أن عليه قيمته ، ونحو هذا روى عيسى عن ابن القاسم في المستخرجة^(١) (٢) .

وجه قول ابن حبيب هذا : أنها غير متعدية عليه في ذلك ، إذ هي مأمورة بالإسلام ، فهي بخلاف من أتلف عين ذلك تعدياً^(٣) ، والله أعلم .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا : ولو تبايعا سلعةً بخمرٍ ثم أسلما وقد قبض الخمر ولم تقبض السلعة فالبيع تام ولا يدخه اختلافهم في مسألة النكاح ، لأن البضع لا يستباح في الإسلام إلا بعوض ، وملك السلعة يجوز بغير عوض ، فحكم ذلك مفرق^(٤) .

قال بعض فقهاءنا : ولو أسلما قبل التقابض لاحتمل أن يفسخ البيع بينهما ، ولا يقال للمشتري : عليك قيمة السلعة ، فيكون كبيع سلعة بقيمتها^(٥) .

قال الشيخ : ويحتمل أن ينظر فإن أسلم مشتري السلعة أولاً فقد أتلف على البائع ثمن سلعته ، فيرجع في عينها ، وإن أسلم بائع السلعة أولاً فهو الذي أتلف ثمن سلعته ، فلا شيء له على مبتاعها ، ويكون ذلك كقبضه ويتم البيع في السلعة ، والله أعلم .

قال ابن المراز : قال ابن القاسم : ولو أصدقها ثمن خمرٍ [له]^(٦) على رجل فلم تقبضه حتى أسلما فلها قبضه وانكاح ثابت ، لأنه إذا أسلم وله دينٌ من ثمن خمرٍ فحلّ له قبضه .

(١) انظر : العتية مع البيان والتحصيل ١٨١/٤ .

(٢) النكت والفروق ل٦٩/ب .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٢٥/أ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل٢٥/أ .

(٥) أي بقيمتها الآن في الإسلام . انظر : المصدر نفسه ل٢٥/ب .

(٦) من النوادر .

(٧) المصدر نفسه ل٢٥/ب .

قال عبد الملك : ولا يدخل بالزوجة حتى يقدم ربع دينار ، ولو أصدقها ديناً له من رباً ديناراً بدينارين فلم تقبضه حتى أسما فليس لها على الزوج شيء ، وله البناء إن لم يكن بنى ، ولاتأخذ من / الغريم إلا ديناراً كما كان هو يقبض منه لو [١٠٠/أ] أسسم ، وكذلك لو كان رأس المال درهمين في ثلاثة فلا تقبض من الغريم إلا درهمين ، ولاترجع على الزوج بشيء وله البناء ، لأنه كان صادقاً يوم أصدقها ، وإن أصدقها خيراً بعضه نقداً وبعضه موطئاً فأسلم أو أسسم الزوج قبل قبضها الموجل ، فإن بنى فلا شيء لها ، وإن لم يبنَ نُظِرَ ما الموجل منه ، فإن كان الثلث بالقيمة رجعت عليه بثلاث صدقات المثل معجلاً^(١) (٢) .

قال الشيخ : وهذا على أصح في كتاب ابن المواز ، وهو قول الغير في المدونة^(٣) ، وأما على قول ابن القاسم في المدونة يكون لها ثلث صدقات المثل إن بنى وأما إن لم يبن فإنه مخير بين إعطائها المثل أو يفارقها ، كما قال إذا قبضت جميع الخمر .

قال عبد الملك : ولو أصدقها خيراً مع خنازير فقبضت الخمر ثم أسلمت قوم هذا من هذا ، فترجع من صدقات مثلها بمقدار ما بقي مما لم تقبضه^(٤) .

ابن المواز : وإذا تزوج مسلم نصرانية بخمر فقبضته وفات بيدها ، فإن لم يبن فسخ ولم يتبعها بشيء ، وإن بنى فقبل : يفرق بينهما ، ولأقوله ، ولكن يثبت ولها صدقات المثل ، قاله ابن القاسم ، وقال أشهب : يعطيها ربع دينار ، قال أصبغ : وقولي : على قول ابن القاسم ، استحساناً ، وأما قوله : إن لم يبن ، فهو القياس^(٥) .

(١) "معجلاً" ليست في أ .

(٢) لنوادير والزيادات ل ٢٧١ ب .

(٣) أي غير ابن القاسم ، وهو القول بأنها إن قبضته مضى ذلك ولا يكون لها غيره بنى أو لم يبن ، وقد تقدم ذكره أول الباب .

(٤)، (٥) للمصدر نفسه ل ٢٧٢ أ .

[فصل ٣ — في تحريم المسلمة على الكافر]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولا يبطأ كافرٌ مسلمةً بنكاحٍ أو ملكٍ ويتقدم في ذلك إلى أهل الذمة أشد التقدمة ويعاقب فاعله بعد التقدم ، ولا يحد وإن تعمداه ^(١) ، ومن عذرٌ يجهل فلا يعاقب ، وتباع الأمة ^(٢) على مالها ويفسخ النكاح وإن أسلم الزوج ^(٣) .

قال الشيخ : ولا تباع عليه الأمة إذا أسلم السيد .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا : وإن لم تعذر المسلمة بجهلٍ في النكاح ^(٤) حدث ، ويكون كمتزوج الخامسة ، ونحو ذلك مما يحرم بالقرآن ^(٥) .

وقوله في الكتاب : ولاحد في ذلك وإن تعمداه ، يريد : لاحد على الزوج ، لأنه نصراني ، ولاحد عليها في الملك ^(٦) .

قال سحنون : الملك مخالفٌ للنكاح ، لأن بالشراء انعقد له الملك في الأمة ، ولا ينعقد بالنكاح ، فلذلك أجاب ^(٧) أن تضرب المرأة الحد ^(٨) .

وفي كتاب ابن المواز فيمن تزوج مجوسيةً وهو عالمٌ بتحريم ذلك : فإنه يبرجم .

(١) في جميع النسخ "تعمداه" والتصحيح من المدونة .

(٢) "الأمة" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٩٧، ٢٩٨ ، تهذيب المدونة ص ٩٤ .

(٤) أي لم تجهل تحريم نكاح المسلمة من الكافر .

(٥) كالحرمات بالنسب والرضاع والمصاهرة المذكورات في قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ ﴾ الآية ، سورة النساء ، الآية ٢٣ .

وقد سبق ذكر الحرمات في النكاح في الباب الثاني من هذا الكتاب .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٥/ب .

(٧) في جميع النسخ "أحاف" ، وهو تصحيف ، والتصحيح من تهذيب الطالب ، ومراده أحاب ابن

القاسم ، لذا قال عبد الحق : وقوله في الكتاب : لاحد في ذلك وإن تعمداه ، إنما جوابه في الملك إذا اشترى ذمي مسلمة ، فوطئها لاعلى النكاح .

(٨) انظر : المصدر نفسه ل ٢٥/ب .

ومن المدونة : قال عمر بن الخطاب : ينكح المسلم النصرانية ولا ينكح النصراني المسلمة^(١) ، وقال علي بن أبي طالب : لا ينكح النصراني ولا اليهودي المسلمة ، قال سليمان بن يسار وأبو سلمة بن عبد الرحمن^(٢) : فإن فعلاً ذلك فَرَّقَ السلطان بينهما ، قال ربيعة : وإن نكحها وزعم أنه مسلمٌ فلما خشي الظهور عنيه أسلم وقد بنى بها فلها الصداق ويفرق بينهما وإن رضي أهل المرأة ، لأن نكاحه كان لا يحل ، ثم إن رجع إلى الكفر قُتِلَ^(٣) .

فصل [٤ - في إسلام أحد الزوجين]

قال مالك : وإذا أسلم مجوسيٌّ أو ذميٌّ وتحتة مجوسيةٌ عُرِضَ عليها الإسلام حينئذ ، فإن أبته وقعت الفرقة بينهما ، وإن أسلمت بقيت له زوجة^(٤) .

قال الشيخ : يريد بنى أو لم يبن . قاله ابن القاسم في أب الزوج الصغير المجوسي يسلم ، فهذا مثله .

قال ابن القاسم : إلا أن ينعذ ما بين إسلامهما فلا تكون امرأته وإن أسلمت ، وتنقطع العصمة فيما بينهما إذا تطاول ذلك ولم يجد البعد في ذلك ، وأرى الشهرين / وأكثر من ذلك قليلاً ليس بكثير^(٥) .

وفي بعض الرويات : وأرى الشهر وأكثر من ذلك قليلاً ليس بكثير ، وكذلك في كتاب ابن المواز^(٦) .

(١) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب لا يزوج مسلم يهودياً ولا نصرانياً ١٧٥/٧ رقم (١٢٦٦٤) .

(٢) هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف بن عبد الحارث القرشي الزهري المدني ، قيل اسمه عبد الله ، وقيل اسمه إسماعيل ، حافظٌ ، ثقةٌ ، فقيهٌ ، كثير الحديث ، حدث عن أسامة ابن زيد وعبد الله بن سلام وأبي أيوب وعائشة وأبي هريرة وغيرهم ، استقضى سعيد بن العاص على المدينة ، توفي بها سنة ٩٤ هـ في خلافة الوليد .
انظر : الطبقات ١١٨/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٦٤/٥ .

(٣)، (٤)، (٥) انظر : المدونة ٢٩٨/٢ .

(٦) انظر : النواذر والزيادات لـ ٢٧٠/أب .

قال ابن اللبّاد : وذلك إذا غُفِلَ عنهما .

وحجة ابن القاسم : أن أبا سفيان بن حرب أسلم ثم أسلمت هند^(١) بعد شهر وبقيت له زوجة^(٢) .

وقال أشهب في كتاب ابن المواز : لا يفرق بينهما في المدخول بها حتى تخرج من العدة ، وأصحابنا على قول ابن القاسم .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم^(٣) : أنه يعرض عليها الإسلام اليومين والثلاثة فإن أبت استبرأت نفسها بحيضة^(٤) .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : إذا أبت الإسلام فرق بينهما مكانه ، قوله تعالى : ﴿وَلَا تُنكِرُوا بَعْضَ الْكَوْافِرِ﴾^(٥) ، ولأنه إما أن يفسخ النكاح عقب إباتها أو^(٦) تبقى مستدامة النكاح .

ووجه قوله : يعرض عليها الإسلام اليومين والثلاثة اعتباراً بالمرتد .

ووجه قول أشهب : اعتباراً بإسلام الزوجة^(٧) .

قال ابن المواز : وذكر ابن القاسم عن مالك : إن المجوسي إذا أسلم قبل البناء ولم تسلم امرأته ، أنه يعرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت مكانها وإلا فرق بينهما^(٨) .

وقال أشهب : إسلام الزوج قبل البناء يقطع العصمة بينهما ، وبه أخذ ابن المواز^(٩) .

(١) هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشية والدّة معاوية بن أبي سفيان ، أسلمت عام الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان بن حرب ، وجاءت مع النساء يبايعن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بالأبطح ، توفيت في خلافة عثمان .
انظر : الطبقات ٨/١٨٧ ، الإصابة ٤/٤٠٩ .

(٢) سبق تخريجه ص ٣٦٦ .

(٣) "وروى أبو زيد عن ابن القاسم" ليست في أ ، ب .

(٤) النوادر والزيادات ل ٢٧٠/أ ، ب .

(٥) سورة الممتحنة : آية ١٠ .

(٦) في أ "واو" بدل "أو" .

(٧) انظر : المعونة ٢/٨٠٤ .

(٨)، (٩) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٧٠/أ .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أسلمت الزوجة بعد البناء وزوجها بحوسي^(١) أو كتابي فلا يعرض عليه الإسلام ، ولكنه إن أسلم في عدتها كان أملك بها ، وإن أسلم بعد انقضاء عدتها فلا سبيل له عليها . وقد قال الله تعالى في اللاتي أسلمن دون أزواجهن وهاجرن : ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾^(٢) ، وأبانت ذلك سنة النبي عليه الصلاة والسلام أن ذلك مالم يسلم الزوج في العدة ، لما أقر صفوان^(٣) إذ أسلم في العدة بعد شهر من إسلام زوجته^(٤) ، وأقر صلى الله عليه وسلم ابنته زينب^(٥) تحت أبي العاص^(٦) إذ أسلم في عدتها بعد إسلامها^(٧) .

(١) سورة الممتحنة : آية ١٠ .

(٢) هو صفوان بن أمية بن خلف بن وهب الجعفي ، كان أحد أشرف قريش في الجاهلية وكان أحمق للطعنين والفصحاء ، وكان إليه أمر الأزمات ، هرب صفوان يوم الفتح وأسلمت امرأته ، ثم رجع إلى النبي صلى الله عليه وسلم وشهد معه حينئذ قبل أن يسلم ، ثم أسلم فأقرهما على نكاحهما ، وهو أحد المؤلفة قلوبهم ومن حسن إسلامه ، توفي بمكة سنة ٤٢ هـ في أول خلافة معاوية ، وقيل توفي قبل ذلك .

انظر : الاستيعاب ٢ مع الإصابة ١٧٦/١ ، الإصابة ١٨١/٢ .

(٣) وهي ناجية بنت الوليد بن المغيرة ، أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب نكاح المشرک إذا أسلمت زوجته قبله ٤٢٨/٢ ، ٤٢٩ رقم (٤٤) ، وأخرجه البيهقي أيضا كما سبق ص ٣٦٦ .

(٤) هي زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأما خديجة بنت خويلد ، وهي أكبر بناته صلى الله عليه وسلم وأول من تزوج منهن ، تزوجها ابن خالتها أبو العاص بن الربيع قبل النبوة ، هاجرت بعد غزوة بدر قبل أن يسلم زوجها ، توفيت سنة ثمان من الهجرة .

انظر : الطبقات ٢٥/٨ ، الإصابة ٣٠٦/٤ .

(٥) هو أبو العاص بن الربيع بن عبد العزى بن عبد شمس القرشي ، صهر رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوج ابنته زينب ، واسمه : لقيط ، كان من رجال مكة الملعودين مالا وأمانة وتجارة ، أسلم قبل الحديبية بخمسة أشهر ، ولما هاجر رد عليه النبي صلى الله عليه وسلم زوجته زينب على النكاح الأول ، توفي في ذي الحجة سنة ١٢ هـ في خلافة أبي بكر .

انظر : الاستيعاب مع الإصابة ١٢٥/٤ ، سير أعلام النبلاء ٢٠٦/٣ ، الإصابة ١٢١/٤ .

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم بعدها ٦٧٥/٢ رقم (٢٢٤٠) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في الزوجين المشرکين يسلم أحدهما ٤٤٨/٣ رقم (١١٤٣) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر ٦٤٧/١ رقم (٢٠٠٩) ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢١٩/٢ رقم (٢٨١١) وصححه ، ووافقه الذهبي .

(٧) انظر : المدونة ٣٠٠، ٢٩٩/٢ .

ومن المختصر : وإذا أسلمت النصرانية فأراد زوجها أن يسلم فقالت : أنا اقتدي منك بكذا على أن لاتسلم حتى أملك أمري ، أو على أن لارجعة لك علي ثم أسلم فهو أحق بها ، وماأخذ منها رد إليها^(١) .

قال ابن أبي زمنين^(٢) : وإذا أسلمت فكان الزوج أولى بها في العدة إن أسلم اختلف قول ابن القاسم في النفقة عليها قبل إسلامه مادامت في العدة ، فروى عنه أصبغ أنه قال : أحب إلي أن ينفق عيها من يوم إسلامها ، لأنه أحق بها مادامت في العدة^(٣) ، وروى عنه عيسى : أنه لانفقة لها عليه ، لأنها منعتة فرجها بإسلامها^(٤) ، قال^(٥) : وهذه الرواية أحسن عند أهل النظر من رواية أصبغ^(٦)^(٧) .

ومن المدونة : قال مالك ، وقال أيضاً ابن القاسم وأشهب : وإن أسلمت قبل البناء والزواج مجوسي أو كتابي فقد بادت منه ، ولارجعة له إن أسلم^(٨) .

(١) النوادر والزيادات ل ٢٧١/١ .

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن أبي زمنين المري ، الأندلسي البيري . إمام ، فقيه ، حافظ زاهد ، شيخ قرطبة ، كان من أجل أهل زمانه قدرا في العلم والرواية والحفظ ، تفقه بأبي إبراهيم بن مسرة ، وسمع منه ومن وهب بن مسرة وأحمد بن المطرف وأبان بن عيسى وغيرهم له تآليف كثيرة منها : مختصر المدونة ، ومختبأ الأحكام ، ومختصر تفسير ابن سلام ، وكتاب حياة القلوب في الزهد ، واختصار شرح ابن المزين للموطأ ، وأصول السنة . توفي سنة ٣٩٩ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٦٧٢/٢ ، سير أعلام النبلاء ١١٣/١٣ ، شجرة النور ص ١٠١ .

(٣) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٦٢/٥ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٤٣٢/٥ .

(٥) أي ابن أبي زمنين .

(٦) قال ابن رشد : لأنه فسخ ، والفسوخ لانفقة فيها . البيان والتحصيل ٤٣٢/٥ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٦/١ .

(٨) انظر : المدونة ٣٠٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٤ .

قال الشيخ : ولاخلاف بينهم في إسلام الزوجة بعد البناء أن الزوج أحق بها إن أسلم في عدتها للسنة الماثورة^(١) ، ولاخلاف أيضاً بينهم إن أسلمت قبل البناء أنه لا سبيل إليها إلا أن يسلم معها ، وذلك أن إسلامه ينزل منزلة رجعتة ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام جعل إسلام الزوج في العدة كرجعة المسلم فيها إذا طلق واحدة^(٢) ، فلما لم يكن في غير المدخول بها عدة ولم يكن فيها رجعة لم يكن لزوجها إذا أسلم بعدها عليها سبيل ، إذ لا عدة عليها ، وكذلك إن أسلم في التي بنى بعد إسلامها وبعد انقضاء عدتها ، فقد بانت منه ، لأن إسلامه أقيم مقام ارتجاعه فكان موقوفاً على العدة^(٣) .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا وقع الفراق بإسلام / أحد الزوجين كان [١٠١/١] فسخاً بغير طلاق^(٤) .

قال ابن المواز : والفرق بين إسلام أحد الزوجين أنه فسخ بغير طلاق ، وبين رده أنه تلزمه طلاق ، لأن المسلم يلزمه طلاقه فكذلك يلزمه لما أحدث من الردة الطلاق ، والكافر لو طلق لم يلزمه طلاقه إن أسلم فلم يلزمه بما فعل طلاق^(٥) .

ومن المدونة : وإن أسلم كتابي بدار الحرب أو بعد قدومه إلينا لم تنزل^(٦) عصمته عن نسائه ، وهن على نكاحهن ، ويقع طلاقه عليهن ، فافتراق الدارين ليس بشيء .

قال ابن القاسم : وأكره به الوطء بدار الحرب بعد الإسلام كما كره مالك أن ينكح بها خوفاً أن تلد ولداً فيكون على دين الأم ، فإن خرجا إلينا بأمان فأسلم أحدهما كانا في الفرقة والاجتماع كالذميين يسلم أحدهما .

-
- (١) لعنه يشير إلى إقراره صلى الله عليه وسلم سفيان بن حرب على نكاحه عندما أسلمت زوجته بعد إسلامه . انظر ص ٣٦٦ .
- (٢) أي لما أقر صفوان بن أمية والعاص بن الربيع عندما أسلما في العدة .
- (٣) انظر : المعونة ٢/٨٠٥ ، ٨٠٦ .
- (٤) تهذيب المدونة ص ٩٤ .
- (٥) النوادر والزيادات ل ٢٧٠ ب ، تهذيب الطالب ل ٢٥ ب .
- (٦) في أ " لم تلزم " .

قال : وإن أسلم ذمي وتحتة كتابية بنى بها أم لا ثبت على نكاحه وبقيت له زوجة ، وإن كانت صغيرة زوّجها إياه أبوها فهما على نكاحهما ، ولا خيار لها إن بلغت .

قال : وإن أسلم الصبي الذمي وقد زوجه أبوه مجوسية لم يفسخ نكاحه إلا أن يثبت على إسلامه حتى يحتلم فتقع الفرقة بينهما ، إلا أن تسلم هي عند ذلك فتبقى له زوجة ، لأنه لو ارتد عن الإسلام قبل بلوغه لم يقتل .

وإذا أسلم الزوج قبل البناء وهما مجوسيان ففرق بينهما فلا صداق عليه ، لأنه فسخّ بغير طلاق ، وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين بإسلام أحدهما ، وذلك قبل البناء فلا صداق للمرأة ولا مئنة .

.. قال الشيخ : لأن الفراق من قبليها .

قال : فإن بنى بها وهما مجوسيان أو ذميان فوقع الفرقة بينهما بإسلام أحدهما فرفعها حيضتها فلها السكنى ، لأنها إن كانت حاملاً اتبعه ما في بطنها ، وكذلك من نكح ذات محرم منه ولم يعلم ففرق بينهما بعد البناء فلها السكنى ، لأنها تعتد منه وإن كان فسخاً .

وإذا سببت ذات زوج فعليها الاستبراء بحیضة ، لأنها صارت أمة ، وإن أسلمت امرأة في دار الحرب ثم قدمت إلينا ، أو قدمت إلينا بأمان ثم أسلمت فلا تنكح مكانها . ولكن تستبرأ في نفسها بثلاث حيض كاستبراء الحرائر ، فإن أسلم زوجها فيها^(١) كان أملك بها إن ثبت أنها زوجته ، ولو كان إسلام هذه الزوجة في دار الحرب أو عندنا وذلك قبل البناء لبانت ولا سبيل له إليها وإن أسلم مكانه ، وكذلك قال مالك في الذمي إن أسلمت المرأة قبل البناء ثم أسلم زوجها فلا سبيل له إليها ، ولا مئنة لها ولا صداق ، وإن قبضته رده ، وإن بنى بها فلها المسمى

وإذا أسلمت النصرانية وزوجها نصراني ثم طلقها في العدة ، ثم أسلم فيها لم يعد طلاقه طلاقاً ، وكان على نكاحه ، وإن انقضت عدتها فنكحها بعد ذلك كان جائزاً ، وطلاقه في شركه باطل^(٢) .

(١) في "فيكون" .

(٢) انظر : المدونة ٣٠١/٢-٣٠٣ ، تهذيب المدونة ص ٩٤ ، ٩٥ .

[الباب السادس]
في سبي أحد الزوجين أو كليهما
ورجعة زوج الأمة في سفره

[فصل ١ — في سبي أحد الزوجين أو كليهما]

روى ابن وهب عن أبي سعيد الخدري أنه قال أصبنا سبياً يوم أوطاس^(١) ولهن أزواج فكرهنا أن تقع عليهن ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأنزل الله تعالى : ﴿وَأَخْضَعْتَ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(٢) ، فاستحلنهن^(٣) ، فلما أباح الله عز وجل وطء المسبية لها زوج بهذه الآية دل بذلك^(٤) أن السبي يهدم النكاح^(٥) .

قال ابن القاسم وأشهب : السبي فسخ للنكاح ، / قال أشهب : سبياً جميعاً [١٠١/ب : أو مُفْرَقِينَ^(٦) .

(١) أوطاس : وادٍ كانت فيه وقعة حنين للنبي صلى الله عليه وسلم بيني هوازن .

انظر : معجم البلدان ٢٨١/١ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٤ .

ورد في صحيح مسلم بعد ذكر الآية : أي فنهن لكم حلالاً إذا انقضت عدتهن ١٠٧٩/٢ .

(٣) أخرجه مسلم ، كتاب الرضاخ ، باب حوازي وطء المسبية بعد الاستبراء وإن كان ها زوج

انفسخ نكاحها بالسبي ١٠٧٩/٢ رقم (١٤٥٦) .

(٤) "بذلك" ليست في أ .

(٥) وهو قول مالك وابن القاسم . انظر : المدونة ٣١٣/٢ .

(٦) المصدر نفسه ٣٠٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٥ .

قال الشيخ : يريد وإن علم أنها زوجته بالبينة ، على مذهب ابن القاسم وأشهب ، وهو أشبه بظاهر التنزيل^(١) .

قال ابن قُسيط^(٢) : وإن ابتاع رجلٌ عبداً وامرأةً من السبي قبل أن يفرق بينهما السلطان فليفرق بينهما إن شاء ويطأ الأمة^(٣) .

قال الشيخ : اختلف شيوخنا في قول ابن قُسيط ، فقال بعضهم : معناه إذا لم يقرهما السلطان على النكاح ، وليس بيعهما مجتمعين مما يمنع التفرقة حتى يقرهما بقطرٍ منه يقتضي ذلك .

وقال غيره من شيوخنا : إن قول ابن قُسيطٍ خلاف ، لأنه إذا باعهما جميعاً إنما ينادي على العبد وزوجته فذلك إقرارٌ لنكاح^(٤) .

وفي كتاب ابن المراز : من اشترى عِنَجَةً^(٥) وزوجها من المقاسم فلا يفرق بينهما في النكاح ، فإن هرب العِلَجُ لم يكن لسيدها وطؤها إن كانا أقرّاً على النكاح وعلى ذلك بيعت^(٦) .

قال مالك : وإن قدم إلينا تجارٌ من أهل الحرب فباعوا منا رقيقاً ، فذكر الرقيق أن بينهم تناكحاً ، فإن زعم ذلك الذين باعوههم أو عليم صدق قولهم ببينة ، كانوا على تناكحهم ولا يفرق بينهم^(٧) .

(١) يشير إلى الآية السابقة التي تدل على جواز وطء المسبية مطلقاً .

(٢) هو أبو عبد الله يزيد بن عبد الله بن قُسيط الليثي اللدني ، إمامٌ ، فقيهٌ ، ثقةٌ ، روى عن أبي هريرة وابن عمر وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وغيرهم ، توفي بالمدينة سنة ١٢٢هـ .
انظر : الطبقات ٣٩٦/٥ ، سير أعلام النبلاء ٨٧/٦ .

(٣) تهذيب المنونة ص ٩٥ .

(٤) تهذيب الطالب ل ٢٦/١ .

(٥) العِلَجُ : الرجل من كفار العجم ، والأُنثى عِنَجَةٌ . انظر : اللسان ، مادة (عِلَج) .

(٦) تهذيب الطالب ل ٢٦/١ .

(٧) انظر : المنونة ٣٠٤/٢ ، تهذيب المنونة ص ٩٥ .

قال الشيخ : وظاهر هذا أنه خلاف السبي^(١) ، لأن النص^(٢) إنما أنزل في السبي ، وهذا ليس بسبي ، وإن كان قد وقع لمالك في كتاب ابن المواز في السبي مثل هذا الجواب ، ولكن الأشبه عندي بظاهر التنزيل أن السبي خلاف هذا ، ومالك أعلم وأهدى للصواب ، ويحتمل أن يحمل قوله في السبي^(٣) استحباباً وقياساً على هذه المسألة والله أعلم .

^(٤) وإن لم يعلم ذلك^(٥) إلا بقول الرقيق فلا يصدقون ويفرق بينهم^(٦) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا سبي الزوج أولاً ثم سبيت زوجته بعده قبل أن يقسم أو بعدما قسم فذلك هدم للنكاح^(٧) .

وقال في كتاب ابن المواز : إذا سبيا جميعاً أو سبي أحدهما قبل صاحبه فهما على نكاحهما إذا علم ذلك بالبينة ما لم تستبرأ المرأة بحبضة ، ويطوؤها السيد ، فإن وطئها السيد قبل أن يدركها الزوج ويعلم ذلك فالنكاح منقطع^(٨) .

قال ابن بكير : قال مالك : وإن سبيت قبل الزوج انفسخ النكاح وحلت لمالكها ، إذ لا عهد لزوجها ، وإن سبيا جميعاً فاستبقي الزوج أقرا على نكاحهما ، إذ صار لزوجها عهدٌ حين استبقي ، فصار أحق من المالك بها لهذا - يريد إذا علم ذلك بالبينة ، وكله عندي خلاف المدونة والله أعلم .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو سبيت المرأة ثم قدم الزوج بأمان أو سبي وهي في الاستبراء فلا سبيل له إليها لزوال العصمة بالسبي .

(١) أي ففي هذه المسألة يقر النكاح ، وفي السبي يفسخ النكاح كما تقدم .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ . سورة النساء : آية ٢٤ وقد سبق سبب نزولها قريباً .

(٣) أي أنه يقر فيه النكاح .

(٤) ساقط من ز .

(٥) أي تناكح الأرقاء الذين باعهم تجار أهل الحرب .

(٦) انظر : المدونة ٣٠٤/٢ .

(٧) تهذيب المدونة ص ٩٥ .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ٢٦٩ ب .

ولو أسلم الزوج بدار الحرب وأقام بها ، أو قدم إلينا مسلماً ، أو بأمان ، فأسلم وخلف أهله على النصرانية فسبأها المسلمون فهي في عصمته والنكاح بينهما ثابت إن أسلمت^(١) .

ابن المواز : قال ابن القاسم : أو عتقت^(٢) .
قال في المدونة : وإن أبت الإسلام فرق بينهما^(٣) ، إذ لا تنكح أمة كتائية ، وهي وولدها وما في بطنها من ولدٍ ومهرها الذي على الزوج ، وجميع مال الزوج بدار الحرب في ذلك الجيش^(٤) .
وقال غيره^(٥) : ولده الصغير تبع له ، وكذلك ماله هو له لم يزل ملكه عنه ، فإن أدركه قبل القسم أخذه ، وإن قسم فهو أحق به بالثمن^(٦) .

فصل [٢ — في رجعة زوج الأمة في سفره]

قال ابن القاسم : ومن طلق زوجته وهي أمة ثم ارتجعها في سفره قبل إنقضاء عدتها وأشهد بذلك فوطئها سيدها بعد عدتها قبل عدمه برجعة الزوج ، ثم قدم الزوج فلارجعة له ، إذ وطئ السيد بالملك كوطئها بالنكاح^(٧) .

(١) تهذيب المدونة ص ٩٥ .

(٢) وإن لم تعتق ولم تسلم وقعت الفرقة لأنها أمة نصرانية ومهرها عليه .

النوادر والزيادات ل ٢٦٩ ب .

(٣) وكذلك إن لم تعتق . انظر : المصدر نفسه ل ٢٦٩ ب .

(٤) قال ابن القاسم : لأنها إما قسمت في السبي لسيدها ولا مهر لها وإنما مهرها فم .

انظر : المدونة ٣٠٥/٢ .

(٥) أي غير ابن القاسم .

(٦) المصدر نفسه ٣٠٥/٢ .

(٧) تهذيب المدونة ص ٩٥ .

[الباب السابع]

ما يحل ويحرم من وطء الكوافر بملك أو بملك /

[فصل ١ - فيما يحل ويحرم من وطء الكوافر]

قال الله سبحانه : ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾^(١) فعمَّ الحرائر والإماء ، إذ الوطء يسمى نكاحاً ، واستثنى نكاح حرائر الكنايات بقوله تعالى : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾^(٢) وهذا إحصان الحرية .

ولم يحل الأمة بالنكاح إلا مومنة لقوله تعالى : ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ﴾^(٣) ، فلم يحل نكاح الأمة إلا مومنة^(٤) .

وأحل الله تعالى^(٥) وطء الكنايات بالملك بقوله في تحريم ذوات الأزواج : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(٦) ، وهذا إحصان نكاح ثم استثنى فقال : ﴿إِلَّا مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(٧) ، وهن اللاتي ملكناهن بالسبي وهن أزواج كفار بدار الحرب ، قاله مالك^(٨) .

قال ابن حبيب : أو سبوا معهن^(٩) .

وبقي تحريم المحوسيات بنكاح أو ملك بالتحريم الأول العام^(١٠) .

(١) سورة البقرة : آية ٢٢١ .

(٢) سورة المائدة : آية ٥ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات لـ ٢/٢٦٩ .

(٥) في أ ، ب زيادة "في" .

(٦) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٧) انظر : المدونة ٣١٣/٢ .

(٨) النوادر والزيادات لـ ٢/٢٤٧ .

(٩) أي الذي دلت عليه الآية المذكورة أولاً وهي قوله تعالى : ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾ .

قال عبد الوهاب^(١) : ولأن كل جنسٍ توكل ذبائحهم يجوز نكاح نسائهم كالمسلمين^(٢) .

وقال في وطء الإماء الكتابيات : ولأن كل من يجوز وطء حرائرهم بالنكاح يجوز وطء إماءهم بالملك كالمسلمين^(٣) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكره مالك وطء نساء أهل الحرب ، وقال : يدع ولده في أرض الشرك ثم يتنصر أو يُنصر ، ولا يعجبني .

قال ابن القاسم : فأرى أن يطلقها ولا يقيم عليها من غير قضاء .

قال ابن القاسم : ويجوز للمسلم نكاح حرة كتابية ، ويكره له ذلك ، وإنما كره له مالك ذلك^(٤) ، ولم يحرمه ، لما تتغذى به من خمرٍ وخنزيرٍ وتغذى به ولده ، وهو يُقبل ويُضاجع ، وليس له منعها من ذلك ، ولا من الذهاب إلى الكنيسة^(٥) .

قال غيره : ولأنه سكوتٌ إلى الكفار ومودةٌ لهم ، لأنه تعالى قال في الزوجين ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾^(٦) .

ومن المدونة : قال مالك : ولا يجوز لمسلم أن يطأ بحوسية بنكاح أو يملك عيِّن^(٧) .

قال ابن شهاب : ولا يقبلها ولا يباشرها^(٨) .

قال الشيخ : لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾^(٩) ، ولأن كل من لا توكل ذبائحهم لا يجوز نكاح نسائهم .

(١) أي معللاً لجواز نكاح حرائر أهل الكتاب .

(٢)، (٣) انظر : المعونة ٧٩٩/٢ .

(٤) "وإنما كره له مالك ذلك" ليست في أ .

(٥) انظر : المدونة ٣٠٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٥ .

(٦) سورة الروم : آية ٢١ .

(٧) وقال مالك : لأنه لا ينكح الحرة بحوسية ، قال الله تعالى : ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾

وَلَا أَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ ﴿فما حرم بالنكاح حرم بالملك . المدونة ٣٠٧/٢ .

(٨) انظر : المصدر نفسه ٣٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٥ .

(٩) سورة البقرة : آية ٢٢١ .

ومن المدونة : قال مالك : والأمة الكتابية لا يحل لمسلم أن يتزوجها ولا يوطأها إلا بالملك ، كان حراً أو عبداً ، كانت لمسلم أو ذمي ، ولا يزوجه سيدها من غلام له مسلم^(١) .

فصل [٢ — في تناكح الكفار فيما بينهم]

ولا يمتنع النصراني من نكاح المجوس ولا^(٢) المجوسي من نكاح النصراني^(٣) .

(١) قل مالك : لأن الله يقول : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾ سورة المائدة : آية ٥ ، وهي أحررة من أهل الكتاب ، وقال : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ بِكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَمْنُونِكُمْ لِمَنْكُم مِّنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ . سورة النساء : آية ٢٥ .

فهن الإماء من المؤمنات ، فإنما أحل الله نكاح الإماء المؤمنات ولم يحل نكاح الإماء من أهل الكتاب ، والأمة اليهودية تحل لسيدها مملوك يمينه . المدونة ٣٠٦/٢ .

(٢) في ز "أو" بدل "ولا" .

(٣) قال القرافي : لأننا لا نتعرض لهم . الذخيرة ٣٢٣/٥ .

(٤) في تهذيب المدونة : ولا يمتنع نصراني من نكاح مجوسية أو مجوسية من نكاح نصرانية . ص ٩٥ .

[الباب الثامن] باب في إسلام الأبوين أو أحدهما وهكم الولد في ذلك

وقال النبي عليه الصلاة والسلام : "كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه" (١) .

وقال مالك : إسلام الأب إسلام لصغار بنيه ، ولو أسلمت الأم وحدها دون الأب بقي الولد على دين أبيه ، وكذلك لو أسلمت وهي حامل ثم ولدت كان الولد على دين الأب ، ويُتْرَكُون في حضانتها (٢) .

قال أبو بكر بن اللبّاد : روى اللَّيْثُ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "أيُّهما أسلم من الأبوين كان أولى بالولد" (٣) ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب (٤) وبه قال غير واحد من أهل العلم ، وقاله ابن وهب .

ومن المدونة : قال مالك : ولو تزوج مجوسية نصرانية فولدت منه كان الولد تبعاً للأب في الدين وأداء الجزية ، وتبعاً للأم في الملك والحرية .

وإذا زوّج النصراني ابنته الطفلة لكتابي ثم أسلم الأب وهي صغيرة ، كان ذلك فسحاً لتكاحهما ، لأن إسلام الأب إسلام لها .

ولو زوّج المجوسي ابنه الطفل مجوسية ثم أسلم الأب ، وابنه صغير ، عُرضَ على / زوجة الصبي الإسلام ، فإن أسلمت وإلا فَرَّقَ بينهما ما لم يتطاول ذلك .

ب/١٠٢]

(١) أخرجه البخاري ، كتاب الجنائز ، باب إذا أسلم الصبي فمات فهل يصلّى عليه وهل يعرض على الصبي الإسلام ٩٧/٢ ، ومسلم ، كتاب القدر ، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة ٢٠٤٧/٤ رقم (٢٦٥٨) بلفظ "ما من مولود ... الحديث" .

(٢) انظر : المدونة ٣٠٨، ٣٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٥ .

(٣) لم أعثر عليه .

(٤) أخرجه البيهقي ، كتاب الدعوى والبيّنات ، باب الولد يسلم بإسلام أحد أبويه ٤٥٣/١٠ رقم

(٤) (٢١٢٩٢) .

وإذا كان الغلام أو الجارية في حدِّ المراهقة في إسلام الآباء من أبناء اثني عشرة سنة أو ثلاث عشرة سنة^(١) فلا يُجبران على الإسلام ، ويُترك الأمر إلى بوعههما فمن أقام منهما حيثنل على دينه الذي كان عليه ونكاحه لم يُعرض له ، وإن أسلم حُكِم فيه بما ذكرنا في إسلام أحد الزوجين البالغين^(٢) .

قال مالك : ومن أسلم وله ولدٌ صغارٌ فأقرهم حتى بلغوا اثني عشرة سنة^(٣) وشبه ذلك فأبوا الإسلام فلا يجبرون .

وقال بعض الرواه : يجبرون ، وهم مسلمون ، وهو أكثر مذاهب المدنيين .
قال مالك : ومن أسلم وله ولدٌ مراهقٌ من أبناء ثلاث عشرة سنة^(٤) وشبه ذلك ، ثم مات الأب ، أو قف ماله إلى بلوغ الولد ، فإذا بلغ وأسلم وُرث ، وإن لم يسلم حين بلغ لم يُعرض له ، وكان ذلك المال للمسلمين ، ولو أسلم الولد قبل احتلامه لم يتعجل أخذ ذلك حتى يحتلم ، لأن ذلك ليس بإسلام ، ألا ترى أنه لو أسلم ثم رجع إلى النصرانية أُكِّره على الإسلام ولم يُقتل .

- قال الشيخ : وقيل : إسلامه إسلام ، وله الميراث ، لأنه لو رجع إلى النصرانية جُبر على الإسلام بالضرب حتى يسلم أو يموت - .
قال مالك : ولو قال الولد : إني لا أسلم إذا بلغت ، لم يُنظر إلى ذلك ولا بد من إيقاف المال إلى احتلامه .

ولو كان الولد لا يعقل دينه ، ابن خمس سنين أو ست ففهم مسلمون بإسلام الأب ، ويرثونه مكانهم ، وقاله أكثر الرواة^(٥) .

(١) أو ثلاث عشرة سنة " ليست في أ ، ب .

(٢) انظر الباب الخامس من هذا الكتاب .

(٣) " سنة " ليست في أ .

(٤) في أ " اثني عشرة " .

(٥) انظر : المدونة ٣٠٨/٢ - ٣١٠ ، تهذيب المدونة ص ٩٥ .

[الباب التاسع]

**فيمن أسلم على أكثر من أربع نسوة ، أو على أم وابنتها
ونكاح المشرك وطلاقه إذا أسلم عليه**

[فصل ١ — فيمن أسلم على أكثر من أربع نسوة]

وقد أقرَّ الرسول صلى الله عليه وسلم أبَا الْعَاصِ وَصَفْوَانَ عَلَى نِكَاحِ الشُّرَكَّ (١) (٢) ، وَخَيْرَ غَيْلَانَ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ الثَّقَفِي (٣) إِذَا أَسْلَمَ عَلَى عَشْرِ نِسْوَةٍ فِي أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ (٤) ، وَخَيْرَ فَيْرُوزَ الدَّيْلَمِي (٥) إِذَا أَسْلَمَ عَلَى أُخْتَيْنِ فِي إِحْدَاهُمَا (٦) . قَالَ مَالِكٌ : وَإِذَا أَسْلَمَ حَرْبِيٌّ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعٍ نِسْوَةٍ نَكَحَهُنَّ فِي عَقْدَةٍ أَوْ عَقْدٍ فَلْيُخْتَرْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا ، كُنَّ أَوَّلَ مَنْ نَكَحَ أَوْ آخِرَهُنَّ ، وَيُفَارَقُ بَاقِيَهُنَّ (٧) .

(١) فِي أ ، ب "الشرع" وَهُوَ تَعْرِيفٌ .

(٢) سَبَقَ تَحْرِيجُهُ ص ٣٧٤ .

(٣) هُوَ غَيْلَانُ بْنُ سَلَمَةَ بْنِ مَعْتَبِ بْنِ مَالِكِ بْنِ كَعْبِ الثَّقَفِي ، أَسْلَمَ بَعْدَ فَتْحِ الطَّائِفِ ، وَكَانَ أَحَدَ وَجُوهِ ثَقِيفٍ ، وَكَانَ شَاعِرًا مَعْنًا ، تَوَفَّى فِي آخِرِ خِلَافَةِ عُمَرَ .
انظر : الطبقات ٤٦/٦ ، الإصابة ١٨٦/٣ .

(٤) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطِيُّ ، كِتَابُ ، بَابُ الْمَهْرِ ٢٧١/٣ رَقْم (١٠٤) ، وَابِيهَقِي ، كِتَابُ النِّكَاحِ ، بَابُ مَنْ يَسْلُمُ وَعِنْدَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ نِسْوَةٍ ٢٩٦/٧ رَقْم (١٤٠٤٩) ، قَالَ الْحَافِظُ ابْنُ حَجَرٍ : وَرِجَالُ إِسْنَادِهِ ثِقَاتٌ ، التَّلْخِصُ الْخَبِيرُ ١٦٩/٣ .

(٥) هُوَ فَيْرُوزُ الدَّيْلَمِي ، بَعَثَنِي كُتَاتِيٌّ مِنْ أَبْنَاءِ الْأَسَاوِرَةِ مِنْ فَارَسٍ الَّذِينَ بَعَثَهُمْ كَسْرِيٌّ إِلَى الْيَمَنِ ، وَفَدَّ عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَسْلَمَ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى الْيَمَنِ فَأَعَانَ عَلَى قَتْلِ الْأَسْوَدِ الْعَنْسِيِّ الْمُنَبِّئِ ، تَوَفَّى بِالْيَمَنِ فِي خِلَافَةِ عُثْمَانَ .
انظر : الطبقات ٦٣/٦ ، الاستيعاب مع الإصابة ١٩٩/٣ .

(٦) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، كِتَابُ الطَّلَاقِ ، بَابُ فِيمَنْ أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ نِسَاءٌ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ أَوْ أُخْتَانِ ٦٧٨/٢ رَقْم (٢٢٤٣) ، وَالتِّرْمِذِيُّ ، كِتَابُ النِّكَاحِ ، بَابُ مَا جَاءَ فِي الرَّجُلِ يَسْلُمُ وَعِنْدَهُ أُخْتَانِ ٤٣٦/٣ رَقْم (١١٢٩) ، وَابْنُ مَاجَةٍ ، كِتَابُ النِّكَاحِ ، بَابُ الرَّجُلِ يَسْلُمُ وَعِنْدَهُ أُخْتَانِ ٦٢٧/١ رَقْم (١٩٥٠) ، وَاحْمَدُ ٢٨٤/٤ رَقْم (١٨٠٦٣) ، وَابْنُ حِبَّانَ ، كِتَابُ النِّكَاحِ ، بَابُ نِكَاحِ الْكُفَّارِ ١٨١/٦ رَقْم (٤١٤٣) وَصَحَّحَهُ ، وَقَالَ التِّرْمِذِيُّ : حَدِيثٌ حَسَنٌ .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٧٠/١ .

قال ابن المواز : والمجوسي إذا أسلم وتحتة عشر نسوة لم يبن بهن ، وأسلمن كلهن أنه يختار منهن أربعاً ويفارق باقيهن^(١) .

قال ابن حبيب : ويفارقه بطلاق ، ويعطي لكل من فارق نصف صداقها .
قال الشيخ : وإنما قال ذلك ، لأنه عنده لما كان له أن يختار كل واحدة صار كأنه مختارٌ لطلاقها ، فكان عليه نصف صداقها ، وابن القاسم لا يرى عليه فيمن فارق صداقاً ، لأنه عنده فسخٌ قبل البناء .

قال ابن المواز : فإن لم يختَر منهن أربعاً حتى مات^(٢) فإنهن يرثنه كلهن الربع إن لم يكن له ولد ، ويكون لكل واحدة ممن لم يدخل بها خمساً صداقها ، وللمدخل بها صداقها كاملاً^(٣) .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك ، لأن له أن يقيم على أربع منهن فأقل ، فلما مات ولم يختَر منهن واحدةً كان الربع بين جميعهن ، لأنه ليس واحدةً أحق بالميراث من صاحبها ، فلذلك قُسم بينهن ، وأما الصداق فإنما عليه أربع صدقات ، فلما لم تعم المختارة منهن قسم الأربع صدقات على عشرة فيقع لكل واحدة خمساً صداقها ، وأما المدخول بها فقد استحققت صداقها بالمسيس .

قال أبو محمد [ابن إسحاق]^(٤)؛^(٥) فإن طلق منهن أربعاً بغير أعيانهن ، قبل أن يختار / أن يطلقهن كلهن ، فعليه لكل واحدة من العشر خمس صداقها ، هذا إن [١/١٠٣] كان قبل البناء ، وإن طلق منهن واحدةً معلومةً لم يكن له أن يختار من البواقي إلا ثلاثاً ، وإن طلق واحدةً مجهولةً ثلاثاً لم يكن له أن يختار من البواقي إلا واحدةً^(٦) .

(١) انظر : المصدر نفسه ل ٢٧٠/١ .

(٢) في التواتر زيادة "نسعت من يقول" .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٢٧٠/١ .

(٤) "ابن إسحاق" ليست في جميع النسخ فيوهم أن المراد ابن أبي زيد وليس كذلك .

(٥) هو أبو محمد عبد الله بن إسحاق المعروف بابن التبان ، عالم أهل القيروان ، إمامٌ ، فقيهٌ ، كان من العلماء الراسخين والفقهاء المبرزين ، وكان حافظاً بعيداً عن التصنع والرياء ، فصيح اللسان ، كبير القدر ، أخذ عن ابن السَّيَّاد وغيره ، ألف كتاباً في النوازل ، توفي سنة ٣٧١ هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥١٧/٢ ، معالم الإيمان ٨٨/٣ ، سير أعلام النبلاء ٣٩٨/١٢ ، شجرة النور ص ٩٥ .

(٦) تهذيب الطالب ل ٢٥٠/ب .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك إذا طلقهن كلهن أن يكون لكل واحدة خمس صداقها ، لأنه إنما له أن يقيم على أربع منهن ، فيكون هن أربع صدقات ، فإذا طلقهن قبل البناء كان عليه نصف ذلك ، صداقان نصف الأربعة وهو خمس العشرة فيكون لكل واحدة خمس صداقها .

وإنما قال : إذا طلق واحدة معلومة لم يكن له أن يختار من البواقي إلا ثلاثاً ، لأنه بقصده لطلاقها صار كأنه اختارها ثم طلقها ، فلم يكن له أن يختار إلا بقية الأربع .

قال الشيخ : وإنما قال : وإن طلق واحدةً مجهولةً ثلاثاً لم يكن له أن يختار من البواقي إلا واحدة ، لأن الطلاق يُشرع في جميعهن ، وكأنه قال : إحداكن طالق ، ولم ينو واحدةً بعينها ، فوجب طلاقهن أجمع ، وهذا على قول المصريين ، وأما على قول المدنيين فله أن يختار واحدةً فيطلقها كالعق ، فإذا اختار واحدةً كان له اختيار ثلاثٍ ممن بقي كالمسألة الأولى^(١) .

[فصل ٢ — فيمن أسلم وعنده أم وابنتها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن أسلم حربيٍّ أو ذميٍّ وتحت أمً وابنتها تزوجهما في عَقْدٍ أو عَقْدَتَيْنِ ، فإن لم يكن بنى بهما فله اختيار إحداهما وفراق الأخرى .

وقال غيره : إذا أسلم وعنده أمً وابنتها ولم يبن بهما لم يجز له أن يجبس واحدةً منهما^(٢) .

ونقلها^(٣) أبو محمد : قال غيره : لا بد أن يفارقهما ثم ينكح الابنة إن شاء .

(١) أي التي تقدمت قريباً لأبي محمد بن إسحاق .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣١٠، ٣١١ ، تهذيب المدونة ص ٩٥ .

(٣) أي ونقل قول غير ابن القاسم .

وقال أشهب : تحرم الأم ويثبت على الابنة ، ولو مسَّ الأم وحدها حرمتا عليه جميعاً للأبد ، ولو مسَّ الابنة ثبت عليها وحرمت الأم .

فوجه قول ابن القاسم : اعتباراً بالذي أسلم عن عشر نسوة ، أن له أن يختار منهن أربعاً وإن كانت الخامسة أو السادسة فيهن ، ونكاح الخامسة محرّم كنكاح ذوات المحارم ، فلما جاز له البقاء على الخامسة بذلك العقد جاز له أن يثبت على الأم أو البنت بذلك العقد .

ووجه قول غيره : أنه لما ^(١) كان ^(٢) عقده في الشرك عقد شبهة يصححه الإسلام صار كأنه عقد عليهما يوم أسلم ولم يعلم ، فليفارقهما وينكح الابنة إن شاء .

ووجه قول أشهب : أنه لما كان عقده عقد شبهة حرّم الأم ولم يحرم البنت ، لأنه لم يدخل بالأم .

قال الشيخ : وقول ابن القاسم أبينها ، وبه أقول .
ومن المدونة : قال ابن القاسم : فإن حبس الأم وفارق البنت ، فأراد ابنه نكاح البنت التي خلّاها فلا يعجبني ذلك .
- قال الشيخ : لأنه عقد شبهة - .

قال ابن القاسم : وإن كان قد دخل بهما جميعاً فارقهما ولا تحلان له أبداً ، فإن بنى بواحدة أقام عليها وفارق الأخرى ، ولم يكن له أن يختار التي لم يمسه ، وقاله ابن شهاب .

قال ابن القاسم : وكذلك الجوسي يسلم وعنده أم وابنتها قد أسلمتا جميعاً ، فالجواب واحد .

قيل له : فالذمي إذا تزوج امرأة فماتت قبل أن يمسه فتزوج أمها ثم أسلما جميعاً؟ وكيف إن كان هذا رجلاً من أهل الحرب ثم أسلم؟

(١) في "إثنا" .

(٢) في "أزيادة" له .

فلم يذكر جواباً ، وأتى بنظيره يدل على جواز النكاح وثباته ، فذكر مسألة
 الجوسي يسلم وعنده أم وابنتها قد أسلما جميعاً^(١) .
 قال أبو محمد وغيره : نكاحهما ثابت .
 ومن كتاب ابن المواز : وإذا أسلم وقد نكح أربعاً في عدتهن ، فإن أسلم
 بعد خروجهن / من العدة ثبت عليهن ، وقاله ابن القاسم وأشهب .
 قال أشهب : بنى بهن أو لم يبن .
 ولو أسلم قبل انقضاء عدتهن لفارقهن^(٢) ، وعليهن ثلاث حيض - يريد وقد
 مسهن .
 ولو أسلم وقد انقضت عدة بعضهن فسخ نكاح من لم تنقض عدتها ، كُنَّ
 في عَقْدَةٍ أو في عَقْدٍ ، بنى بهن أو لم يبن بهن .
 وإن وطئ بعد إسلامه من^(٣) لم تنقض عدتها لم تحل له أبداً .
 وإن تزوج نكاح متعة فأسلم قبل الأجل فسخ نكاحه ، وإن أسلم بعد الأجل
 ثبت ، بنى أو لم يبن^(٤) .

(١) فقال : إن كان دخل بهما جميعاً فارقهما ولم تحل له واحدة منهما أبداً ، وإن كان دخل
 بإحدهما فإنه يقيم على التي دخل بها ويفارق التي لم يدخل بها .
 انظر : المدونة ٢/٣١٠، ٣١١ ، تهذيب المدونة ص ٩٦ .

(٢) وذلك لقيام المانع .

(٣) "من" ليست في أ .

(٤) انظر : التوادر والزيادات ل ٢٧٠ / ١ .

فصل [٣ - في نكاح المشرك وطلاقه إذا أسلم عليه]

قال ابن القاسم : وكل صداق^(١) نكاح استحلّه أهل الشرك فيما بينهم فهو جائز إذا أسلموا عليه وقد بنى ، وإن لم يكن وقد تزوجها بخمير أو خنزير ثبت النكاح وحملتهما في الصداق على سنة المسلمين ، ويصير كمن نكح على تفويض ، فإن شاء البناء ودى صداق المثل وإلا فارق ولا شيء عليه^(٢) ، وقد تقدم هذا^(٣) .

قال ابن القاسم : وما كان في شروطهم من أمر مكروه فإنه لا يثبت من ذلك إلا ما كان يثبت في الإسلام ، ولا يفسخ من ذلك إلا ما كان يفسخ في الإسلام^(٤) ، وفي غير رواية جَبَلَة^(٥) : فإنه لا يثبت من ذلك ما كان يفسخ في الإسلام ، ولا يفسخ من ذلك ما كان في الإسلام^(٦) .

قال يحيى بن عمر : وهذه رواية سحنون وهي الصواب .

قال الشيخ : وتفسير ابن القاسم للمسألة التي بعد هذه يدل على صحة رواية سحنون^(٧) ، وهي : قال ابن القاسم : وما كان لها من شرط بطلاق فيها أو

(١) "صداق" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٣١١/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٦ .

(٣) انظر ص ٣٦٧ .

(٤) انظر : المدونة ٣١١/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٦ .

(٥) هو جَبَلَة بن حمود بن عبد الرحمن بن جبلة الصّدقي ، فقيه ، عالم ، ثقة ، ورع ، زاهد ، سمع من سحنون وعون بن يوسف وأبي إسحاق البرقي ومحمد بن الحكم وغيرهم ، له ثلاثة أحواء مجالس عن سحنون رويت عنه ، وروى عن سحنون للمدونة ، ترك سكنى الربط ونزل القيروان ، وتوفي بها سنة ٢٩٩ هـ .

انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص ٩٥ ، ترتيب المدارك ٢/٢٤٧ ، الديباج ١/٢٢٣ ، شجرة النور ص ٧٣ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٦/١ .

(٧) وقاله عبد الحق . انظر : المصدر نفسه ل ٢٦/١ .

في غيرها أو بعثاق إن تزوج عليها ، أو مَتَّعَهَا من أهلها ، أو أَخْرَجَهَا من بلدها ، فهذا كله يسقط عنه ولا يثبت عليه ، ولو شرط لها أيضاً ألا نفقة لها عليه ، وأن لها نفقة محدودة ، أو فساداً في صداق بطل الشرط في ذلك كله ، ولم يلزمه ، ويكون لها نفقة مثلها ، ولا تشبه المسلمة في هذا إذا لم يين بها ، لأن المسلمة يفسخ نكاحها قبل البناء إذا عقدا شرطاً لا يحل لفساد العقد ، ونكاح الشرك إذا أسلما لم يكن ذلك فساداً لنكاحهم^(١) .

قال في كتاب ابن المواز : وإن بني ثبت النكاح وكان لها صداق المثل ، ولها نفقة مثلها ، قال : وهو كصداق مجهول حين اشترط هذا مع الصداق .
قال أصبغ : ولو لم يدخل بها وتطارحا الشرط ثبت النكاح ولم يفسخ ، كمن تزوج بصداق معجل ، وصداق إلى موت أو فراق ، أو إلى أجل مجهول^(٢) .
ومن المدونة : وإذا تزوج ذمي زوجة ذمي سواه فرافعه زوجها إلينا منع من ذلك ، وهذا من التظالم الذي أ منعهم منه .
وإذا تزوج ذمي ابنته أو أمه أو أقام على مبتوتة لم يُعرض له إذا كان ذلك ما يستحلونه في دينهم .

قال مالك : وإن أعلنوا بالزنا أدبوا ، وإذا تزوج صغيران من أهل الذمة بغير إذن أبويهما أو زوجهما أجنبي ثم أسلما بعد البلوغ ثبتا على نكاحهما ، ولا يُعرض لأهل الذمة إذا أسلما في نكاحهم ، إلا أن يكون تزوج من لا يحل له فيفرق بينهما .
قال مالك : وإذا طلق الذمي امرأته ثلاثاً ولم يفارقها فرفعت زوجته أمرها إلى السلطان فلا يُعرض لهما ، ولا يحكم بينهما إلا أن يرضيا جميعاً بحكم الإسلام ، فالحاكم مخير إن شاء حكم أو ترك ، فإن حكم حكم بينهم بحكم الإسلام .
قال مالك : وأحب إلي ألا يحكم بينهم .

(١) انظر : المدونة ٣١١/٢ ، ٣١٢ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب لـ ٢٦/ب .

وطلاق [أهل]^(١) الشرك ليس بطلاق ، وكذلك إن طلق النصراني زوجته ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما ، فليقيما على نكاحهما .
ولا يحصن الوطء بين النصرانيين حتى يطأها بعد إسلامهما^(٢) ، وقد تقدم هذا^(٣) . والله الموفق للصواب .

(١) من المدونة .

(٢) انظر : المدونة ٣١٢/٢ ، ٣١٣ ، تهذيب المدونة ص ٩٦ .

(٣) انظر ص ٣٦٢ .

[الباب العاشر]

باب جامع مسائل مختلفة ، وأحكام المرتد والأسير / [١٠٤/]

[فصل ١ — في وطء المسبية ونكاح رابعة في دار الحرب]

قال ابن القاسم : وإذا قُسم المغنم بدار الحرب فصار لرجل في سَهْمَانِهِ جارية فاستبرأها بحیضة ، فجائز له أن يطأها بدار الحرب وإن كان لها زوجٌ حربیٌّ ، قال ابن القاسم : وقد كرهه بعض الناس خيفة أن تهرب منه حاملاً .

ومن كان عنده ثلاث نسوة في دار الإسلام ثم خرج تاجراً إلى دار الحرب فتزوج بها رابعةً ثم قدم وتركها ، فأراد نكاح خامسةٍ فليس له ذلك ، لأن الحرية في عصمته^(١) .

قال الشيخ : يريد إلا أن يَتَّ طلاقها أو يصالحه عنها أحد ، وإن طلقها واحدة لم يجز له أن يتزوج إلا بعد خمس سنين من يوم خرج منها ، وثلاث سنين^(٢) من يوم الطلاق ، لأنها إن كانت حاملاً يوم خرج^(٣) فأقصى ما عسكها الحمل خمس سنين ، وإن لم تكن حاملاً وطلقها فلا بد من ثلاث سنين من يوم الطلاق ، لاحتمال أن تستراب فتعتد بالسنة فتأتيها الحيضة قبل تمام السنة بيوم أو يومين ، فترجع إلى الحيض ، ويصحبها كذلك في السنة الثانية والثالثة ، فلا تنقض عدها إلا بعد ثلاث سنين .

[فصل ٢ — الشرط في جواز وطء المسبية غير الكتابية]

ومن المدونة : قال مالك : ولا توطأ المسبية من غير أهل الكتاب حتى تجيب إلى الإسلام ، بأن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ، أو تصلي ، أو تجيب بأمرٍ يعرف أنها قد دخلت في الإسلام بعد الاستبراء .

(١) انظر : المدونة ٣١٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٦ .

(٢) ساقط من أ ، ب .

قال ابن القاسم : وتجزئه حيضتها عنده قبل الإسلام ، كمن اشترى مودعةً عنده قد حاضت .

وإن كانت المجوسية صغيرة لم تحض ، فإن كانت ممن تعرف الإسلام لم يطأها حتى يجبرها على الإسلام وتدخل فيه إذا كانت قد عقلت ما يقال لها .
ولا بأس أن يزوج الرجل عبده النصراني أمته النصرانية ، فإن أسلم العبد فالنكاح يفسخ ، إلا أن تسلم الأمة مكانها ، مثل المجوسية يسلم زوجها ، لأنه لا ينبغي لمسلم عبداً أو حرة أن يتزوج أمة ذمية ، فإن أسلمت الأمة فالعبد أحق بها إذا أسلم في عدتها^(١) .

فصل [٣ - في أحكام نكاح المرتد والأسير]

ولا يجوز نكاح المرتد ولا المرتدة ، لأن كل معنى إذا طرأ على النكاح أوجب فسخه فإذا وُجد في الابتداء منع العقد ، أصله الملك والرضاع^(٢) .
قال مالك : وإذا ارتد الزوج انقطعت العصمة بينهما مكانه^(٣) .
قال ابن القاسم : وكذلك إذا ارتدت الزوجة انقطعت العصمة حينئذ ، وقد قال الله تعالى : ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفَرِ﴾^(٤) ، يريد : من كفر من أزواجكم ، فلا تمسكوا بعصم أولئك الكوافر^(٥) .
قال مالك : ورده الزوج طلاقاً بائناً ، ولارجعة له إن أسلم في عدتها^(٦) .
قال في كتاب العدة : وكذلك ردة المرأة طلاقاً بائناً^(٧) .

(١) انظر : المدونة ٢/٣١٥، تهذيب المدونة ص ٩٦ .

(٢) انظر : المعونة ٢/٨٠٠ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣١٥، تهذيب المدونة ص ٩٦ .

(٤) سورة الممتحنة : آية ١٠ .

(٥)، (٦) انظر : المدونة ٢/٣١٥، تهذيب المدونة ص ٩٦ .

(٧) انظر : المدونة ٢/٤٧٨، تهذيب المدونة ص ٩٦ .

ابن المواز : وقاله^(١) ابن القاسم وأشهب ، وبه أقول ، واختلف فيه قول أشهب ، فقال أيضاً^(٢) : إن رجعت إلى الإسلام بقيت له زوجة^(٣) .
وقال المغيرة : للزوج الرجعة إن رجع إلى الإسلام في عدتها .
وروي عن مالك : أن الردة فسخ . رواه ابن أبي أويس^(٤) وابن الماجشون^(٥) .
قال ابن حبيب : قال ابن الماجشون : وإن ارتد الزوج ثم عاد إلى الإسلام في عدتها فهو أحق بها بالطلاق كله ، ولو ثبت المرتد حتى انقضت عدتها لزمته فيها طلاقاً ، وكذلك لو أسلمت ثم أسلم بعد عدتها لزمته طلاقاً^(٦) .
ابن سحنون عن أبيه فيمن رفع زوجته إلى الإمام ويقول : إنها ارتدت ، وهي تنكر ، قال : يفرق بينهما ، لأنه مقر بزوال العصمة ، وإن كان مسلم تحتها نصرانية فقال : قد أسمت ، وأنكرت هي ذلك ، فليفرق بينهما لإقراره بارتدادها^(٧) .

ومن المدونة : قال ابن شهاب : والأسير يُعَلَّم تنصّره فلا يُدري أطوعاً أو كرهاً فلتعتد زوجته ، ويُوقف ماله وسريته / ، فإن أسلم عاد إليه ذلك كله إلا [١٠٤/ب-
الزوجة فلا رجعة له عليها ، وإن مات قبل أن يسلم كان في ماله حكم الإمام المجتهد - يريد أنه يحكم فيه^(٨) بحكم المرتد - فإن ثبت أنه أكفرة ببينة لم تطلق عليه

(١) أي القول بأن المرتدة تبين من زوجها المسلم بطلقة ، وهو في المدونة من قول ابن القاسم .

(٢) أي غير قوله الأول .

(٣) لأن العقد للزوج لاها ، فردتها ضعيفة في الإبطال . الذخيرة ٣٣٥/٤ .

(٤) هو أبو عبد الله إسماعيل بن أبي أويس عبد الله بن عبد الله بن أويس بن مالك الأصبحي المدني ، ابن عم الإمام مالك وابن أخته وزوج ابنته ، فقيه ، محدث ، سمع أباه وأخاه عبد الحميد ومالكاً وعبد العزيز بن الماجشون وسليمان بن بلال وغيرهم ، وقرأ القرآن وجوّده على نافع ، توفي سنة ٢٢٦ هـ ، وقيل ٢٢٧ هـ .

نظر : ترتيب المداكر ١/٣٦٩ ، سير أعلام النبلاء ٩/١٢٠ ، شجرة النور ص ٥٦ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٦/ب .

(٦) ، (٧) الفوائد والزيادات ل ٢٧/ب .

(٨) "فيه" ليست في أ ، ب .

زوجته وكان بحال المسلم في نسائه وماله ويريث ويورث^(١) .
قال بعض شيوخنا في الذي لم يُعلم إرتداده أطوعاً أو كرهاً ، ففرّق بينه وبين زوجته ، ثم ثبت أنه أكرهه : فحاله في زوجته كحال امرأة المفقود يقُم ، فإنه أحق بزوجه ما لم يدخل بها الثاني ، فإن دخل بها بقيت له زوجة^(٢) .

قال الشيخ : وهو عندي صواب ، لأن الحكم عليه بالفراق خوفاً أن يكون تنصّر طائفاً ، كالحكم على المفقود خوفاً أن يكون مات ، فأمرهما متفق .

وعاب ذلك بعض أصحابنا وقال : ترد إليه وإن دخل بها الثاني^(٣) ، كمسألة محمد فيمن قال : عائشة طالق ، وله زوجة حاضرة تسمى عائشة ، وقال : أردت زوجة لي غائبة بعيدة تسمى عائشة ، فلم يقبل قوله ، وطلق عليه الحاضرة ، ثم ظهر صحة قوله ، أن الحاضرة ترد عليه وإن تزوجت ، فكذلك مسألة الأسير^(٤) .
قال الشيخ : ومسألة المفقود والذي ارتجع في سفره فلم تعلم به أشبه بمسألة الأسير من هذه^(٥) . والله أعلم .

قال ابن القاسم : وإن ارتد وتحت ذمية وقعت الفرقة بينهما بارتداده وحرمت عليه وإن ارتدت إلى مثل دينها .

ولو تزوج في حال ارتداده ذمية لم يجر نكاحه إياها رجوع إلى الإسلام أو لم يرجع^(٦) .

قال ابن حبيب : إذا تزوج بعد أن حبس للاستتابة فسخ ، وإن قُتل على رده فلا صداق لها بنى بها أو لم يبن ، مسلمة كانت أو نصرانية ، لأنه حُجِرَ عن

(١) انظر : المدونة ٣١٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٦ .

(٢) ولا سبيل للأول إليها . انظر : تهذيب الطالب ل ٢٦/ب .

(٣) لأنه إنما فرق بينه وبين زوجته احتياطاً جواز أن يكون قد ارتد طائفاً ، ففعل ذلك على باب الاحتياط ، فقد اتكشف أن زوالها عن عصمتها بخطأ وغير صواب ، فيجب أن ترجع إليه على كل حال . المصدر نفسه ل ٢٦/ب .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل ٢٦/ب ، ٢٧/أ .

(٥) أي من مسألة ابن المواز المذكورة .

(٦) انظر : للمدونة ٣١٦/٢ .

ماله ، وإن رجع إلى الإسلام قبل أن يفسخ ثبت نكاحه ، لأنه إنما كان يفسخ للحجر في ماله وقد زال ، وكذلك قال ابن الماجشون^(١) .
قال الشيخ : قوله : وإن رجع إلى الإسلام ثبت نكاحه ، خلاف ما تقدم في المدونة^(٢) .

وفي كتاب محمد : قال ابن القاسم : إذا تزوج في حال ارتداده ودخل ومس فلا صداق لها .

قال أصبغ : وكذلك عتدي إذا تزوج بعد الحجر والتوقيف ، وإنما هو بمنزلة بيعه وشرائه^(٣) .

قال أبو الحسن : معنى قول ابن القاسم عتدي: أنها كانت عالمةً بارتداده ، ولو لم تعلم لم يسقط عن ماله ما يجب به استحلال فرجها ، ولو تزوجها بعد الحجر ما منعت من ربع دينار ، ولكن لا يمكن ذلك ، لأنه مسجون ، ولو رجع إلى الإسلام كان لها جميع ما صدقها ، تزوجها قبل الحجر أو بعده وإن كان أضعاف صداق المثل ، والنكاح مفسوخٌ على كل حال^(٤) .

وذكر عن أبي القاسم ابن الكاتب أنه قال : لا صداق لزوج المرأة التي تزوج في رده ، ودخل بها ، سواء علمت بارتداده أم لا ، لأنه إذا قُبل على رده كان ماله للمسلمين ، لأنه بعد ارتداده محجورٌ عن ماله إلا أن يعاود الإسلام ، ألا ترى أنه لا ينفق على ولده منه ، فدل أنه لا يملك التصرف فيه ، وقالوا في نكاح المريض وإصابته زوجته : أن صداقها يكون في الثلث الذي له التصرف فيه .

ولما أجمعوا ألا تُلث للمرتد يوصي فيه ولا ما يتصرف فيه دل إجماعهم ألا صداق لزوجته علمت أو جهت . لأن جهلها لا يوجب لها حقاً فيما لا يملكه زوجها^(٥) .

(١) النوادر والزيادات ل ٢٧٠ ب .

(٢) لعله يشير إلى ما تقدم من قول مالك : ولا رجعة له إن أسلم في عدتها ص ٣٩٦ وهذا في النكاح قبل الردة ، ومسألة ابن حبيب في النكاح بعد الردة .

(٣) (٤) ، (٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٦ ب .

ومن المدونة : وإذا ارتد ثم رجع إلى الإسلام فإنه يوضع عنه كل ما كان لله عليه مما تركه قبل ارتداده من صلاة ، أو صوم ، أو زكاة ، أو كفارة ، أو حد^(١) ، وما كان عليه من نذر ، أو يمين بعق ، أو بالله ، أو بظهار فإن ذلك كله يسقط ، ويؤخذ بما كان للناس من قذف ، أو سرقة ، أو قتل ، أو قصاص أو غير ذلك مما لو فعله في كفره لأخذ به ، فإن قتل على رده فالقتل يأتي على كل حد ، أو قصاص مما وجب عليه للناس إلا القذف فإنه يحد ثم يقتل ، وذلك لحجة المقذوف من لحوق عار القذف إن لم يحد له .

وإذا أسلم / المرتد لم يجره ما حج قبل رده ، وليأتف الحج ، لقول الله تعالى [١٠٥/١] ﴿لَنْ أَسْرَحَكَ لِيُخَبِّطَنَّ عَمَلُكَ﴾^(٢) ، ويأتف الإحصان ، وقد تقدم هذا^(٣) ، وليستأنف بعد رجوعه إلى الإسلام ما كان يستأنفه الكافر إذا أسلم . قال ابن القاسم : وهو أحسن ما سمعت .

وإن قتل المرتد لم يرثه ورثته من المسلمين ولا من أهل الدين الذي ارتد إليه ، وميراثه للمسلمين ، وتبطل وصاياه قبل الردة وبعدها ، لأن الرجل إنما تجوز وصاياه في ماله ، وهذا المال ليس هو للمرتد ، وقد صار لجماعة المسلمين ، وماله محجور عنه إذا ارتد .

قال مالك : وإن ارتد المريض فقتل لم ترثه زوجته^(٤) ، ولا يهتم أحد أن يرتد لثلاث يرثه ورثته وميراثه للمسلمين .

وإن مات المرتد ، أو لذمي ، أو لعبد ولد حر مسلم لم يرثوه^(٥) ولم يحجبوا ، ثم إن أسلم المرتد أو الذمي أو عتق العبد قبل أن يقسم ميراث الابن فلا شيء لهم منه ،

(١) في ز "حج" ، ومأثبه أصح ، وهو الذي في المدونة .

(٢) سورة الزمر : آية ٦٥ .

قال مالك بعد استدلاله بالآية : فحجه من عمله وعليه حجة أخرى . المدونة ٣١٧/٢ .

(٣) وهو في الباب الرابع من هذا الكتاب .

والقاتل : وقد تقدم هذا ، البراذعي في تهذيب المدونة .

(٤)، (٥) لأن اختلاف الدين والرق من موانع الإرث .

وإنما الميراث لمن وجب له يوم مات الميت^(١) .

وقد جرى كثيرٌ من أحكام المرتد في كتب العبيد^(٢) .

قال الشيخ : فذكر عن ابن الكاتب في قوله : وإذا ارتد وعليه يمينٌ بالعتق فإنه يسقط ، قال : إنما ذلك في العتق غير المعين ، وأما المعين فقد انعقد عليه في ماله حقٌّ لإنسانٍ معينٍ قبل رده ، فلا يسقطه^(٣) ارتداده ، وقد قالوا : يلزمه تدبيره فكذلك يمينه بعتق معين^(٤) .

قال الشيخ : ويظهر لي أن تدبيره كعتقه وطلاقه ، وذلك بخلاف إيمانه ، ألا ترى أن النصراني إذا أسلم يلزمه تدبيره ولا تلزمه إيمانه ، فكذلك المرتد ، والله أعلم . وروي عن سحنون أن رده لا تسقط عنه حد الزنا ، لأنه لا يشاء^(٥) من وجب عليه حدٌ أن يسقطه إلا أسقطه بالردة^(٦) .

قال الشيخ : وظاهر هذا خلاف المدونة^(٧) ، وإنما استحبُّ إن علم منه أنه إنما ارتد ليسقط الحد قاصداً لذلك ، فإنه لا يسقط عنه ، وإن ارتد لغير ذلك سقط عنه .

قال ابن حبيب : قال أصبغ : إذا ارتد سقطت وصاياه ، فإن رجع إلى الإسلام ثم مات فإن كانت هذه الوصايا مكتوبةً جازت ، وإلا^(٨) لم تجز . وروى علي بن زياد عن مالك في المرأة تترد تريد بذلك فسخ النكاح : أنه لا يكون طلاقاً ، وتبقى على عصته^(٩) .

(١) انظر : المصدر نفسه ٣١٦/٢-٣١٨ ، تهذيب المدونة ص ٩٦ .

(٢) أي كتاب العتق وكتاب المكاتب وكتاب التدبير .

(٣) في أ ، ب "فلا يسقط" .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٧/١ .

(٥) أي لا يستطيع .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل ٢٧/أ .

(٧) أي ما تقدم قريباً من أن المرتد يسقط عنه ما كان لله من الحدود وغيرها .

(٨) في أ "وإن لم" .

(٩) انظر : المصدر نفسه ل ٢٤/أ .

قال الشيخ : وأخذ به بعض شيوخنا^(١) قال^(٢) : وهو كاشفائها زوجها
تغتري^(٣) فسخ نكاحها^(٤) .

ابن المواز : وإذا وجد للمرتد امرأة فقال : تزوجتها في حال الردة ، وقالت
هي : بل بعد أن رجع إلى الإسلام ، فالقول قولها ، لأنها مدعية للحلال ، ويفسخ
نكاحها^(٥) بإقراره ، ويحكم لها^(٦) عليه بنصف الصداق^(٧) .

تم^(٨) كتاب النكاح الثالث من الجامع لابن يونس بحمد الله وحسن عونه
وصلّى الله على محمد نبيّه وآله .

(١) وقد ذكر ذلك عبد الحق الصقني .

(٢) "قال" ليست في أ ، ب .

(٣) أي تقصد .

(٤) فإنه لا يفسخ ويبقى على عصمة الزوج . انظر : المصدر نفسه لـ ٢٧/٢ .

(٥) في ز "نكاحه" .

(٦) "ها" ليست في ز .

(٧) انظر : المصدر نفسه لـ ٢٧/أ .

(٨) "تم... الخ" ليس في ز .

[الكتاب الرابع]

كتاب الرضاع^(١)

[الباب الأول]

جامع ما يحل^(٢) ويحرم من الرضاع

[فصل ١ — في أدلة التحريم بالرضاع]

قال الله عز وجل : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾^(٣) ، وقال الرسول - صلى الله عليه وسلم - : "يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة"^(٤) ، والإجماع على ذلك ، وسقط حديث : "خمس رضعات"^(٥) لأن عائشة رضي الله عنها التي روته خالفته ، واختلفت الروايات عنها في عدد الرضعات ، وقد أخذت بعد الرسول عليه الصلاة والسلام بأكثر من خمس رضعات ولأنها أحالته على القرآن^(٦) ، فما لم يؤخذ^(٧) القرآن بأخبار الأحاد بطل استعمال

(١) الرضاع لغة : شرب اللبن من الضرع أو الثدي ، تقول : رَضَعَ المولود يَرْضَع ، انظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة (رَضَعَ) .

وشرعاً : وصول لبن آدمي^{*} لحل^{*} مظنة غذاء . شرح حلود ابن عرفة ٣١٦/١ .

(٢) "ما يحل" ليست في أ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب الشهادات ، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ١٠٦٨/٢ رقم (١٤٤٤) ومالك ، كتاب الرضاع ، باب رضاعة الصغير ٤٦٩/٢ رقم (١) .

(٥) وهو قول عائشة رضي الله عنها : كان فيما أنزل من القرآن عشر رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحْرَمُ ، ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن .

أخرجه مسلم ، كتاب الرضاع ، باب التحريم بخمس رضعات ١٠٧٥/٢ رقم (١٤٥٢) ، ومالك ، كتاب الرضاع ، باب جامع ما جاء في الرضاعة ٤٧٤/٢ رقم (١٧) .

(٦) أي لما قالت : فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن .

(٧) أي : لم يثبت .

هذا الحديث ، إذ لا يكون قرآنٌ مختلفٌ فيه ولم يجتمع على العمل به فيؤخذ بإجماع ، وحديث / ابن الزبير : "لا تحرم المصّة والمصّتان"^(١) ، وروي من طريق صحيح عن [١٠٥/ب] ابن الزبير عن عائشة^(٢) فعلم أنه مستخرجٌ من حديث (خمس رضعات) ، وماروي عنها في توقيت ذلك من الاضطراب فسقط التوقيت بما ذكرنا ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "المصّة والمصّتان تحرم"^(٣) ، وقال : "لارضاع بعد فطام"^(٤) .

ابن وهب : وقال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود وجابر بن عبد الله وغيرهم رضي الله عنهم^(٥) : إن قليل

(١) أخرجه الترمذي ، كتاب الرضاع ، باب ما جاء لا تحرم المصّة ولا المصّتان ٤٥٥/٣ رقم (١١٥٠) وأحمد ٧/٤ رقم (١٦١٢٧) .

قال الترمذي : والصحيح عند أهل الحديث حديث ابن أبي مليكة عن عبد الله بن الزبير عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم . قلت : وهو ما أشار إليه المؤلف .

(٢) كما في صحيح مسلم ، كتاب الرضاع ، باب المصّة والمصّتان ١٠٧٤، ١٠٧٣/٢ رقم (١٤٥٠) .

(٣) هذا الحديث لم أعثر عليه إلا في المدونة من رواية ابن وهب عن مسلمة بن علي عن رجال عن عبد الله بن أحوارث بن نوفل عن أم الفضل بنت الحارث قالت : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما يحرم من الرضاعة؟ قال : "المصّة والمصّتان" ٤٠٥/٢ .

وهو ضعيف لأن في سنده من لم يعرف لقوله : عن رجال ، وكذلك في سنده مسلمة بن علي الخشني قال عنه ابن حجر : متروك . انظر : التقريب ١٨٣/٢ رقم (٦٦٨٣) .

(٤) هذا جزءٌ من حديث أخرجه البغوي في شرح السنة ، تأليف الإمام أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي ، تحقيق شعيب الأرنؤوط (بيروت : المكتب الإسلامي ، ط/بدون ، ١٣٩٥هـ) ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق من قبل النكاح ١٩٨/٩ رقم (٢٣٥٠) ، البيهقي كتاب الرضاع ، باب رضاعة الكبير ٧٥٩/٧ رقم (١٥٦٥٨) .

والحديث ضعيف فيه جوير بن سعيد البلخي ، قال البغوي : ضعفه يحيى القطان ويحيى بن معين ، وقال ابن حجر : ضعيف جداً ، التقريب ١٦٨/١ رقم (٩٨٩) ويشهد له حديث "لارضاع إلا ما تقي الأمعاء وكان قبل الفطام" وسبأني قريباً .

(٥) كالقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس وقيصة بن ذؤيب وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وربيعة وابن شهاب وعطاء ومكحول . انظر : المدونة ٤٠٥/٢ .

الرضاعة وكثيرها يحرم في المهد^(١) .

قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير : إذا كان في الحولين فمصة واحدة تحرم ، وما كان بعد الحولين فلا يحرم^(٢) .

قال عبد الوهاب : وأخذ الشافعي بحديث "خمس رضعات"^(٣) . ودليلنا^(٤) قوله تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾^(٥) فأطلق ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم "يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة"^(٦) ، وتحريم النسب لا يقتصر إلى عدد من الولادات ، فكذلك الرضاع ، ولأن كل معنى أوجب حرمة مؤبدة ؛ فالمعتبر وجوده من غير عدد كالعقد^(٧) والوطء واعتباراً بالخمس لعله الارتضاع من آدمية في مدة الحولين قبل الاستغناء بالطعام^(٨) .

-
- (١) أخرج أثر علي وابن عباس وابن مسعود ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب من قال يحرم قليل الرضاع وكثيره ٥٤٣، ٥٤٢/٣ رقم (١٧٠٣١، ١٧٠٢٦) .
وأخرج أثر جابر الدارقطني ، كتاب الرضاع ١٧١/٤ رقم (١) .
- (٢) أخرج أثر ابن عباس ، البيهقي ، كتاب الرضاع ، باب ما جاء في تحديد ذلك بالحولين ٧٦١/٧ رقم (١٥٦٦٧) .
وأخرج أثر سعيد وعروة ، مالك ، كتاب الرضاع ، باب رضاعة الصغير ٤٧١/٢ رقم (١٠) .
- (٣) انظر : الأم ٤٥/٥ ، التنبيه ص ٢٠٤ .
- (٤) أي على أن قليل الرضاعة وكثيرها يحرم .
- (٥) سورة النساء : آية ٢٣ .
- (٦) سبق فخرجه ص ٣٣١ .
- (٧) "الكاف" ليست في أ ، ب ، وفي ز : بدلها "واو" والتصحيح من المعونة .
- (٨) انظر : المعونة ٩٤٨، ٩٤٧/٢ .

[فصل ٢ — في المدة التي يكون الرضاع فيها محرماً]

ومن المدونة : قال مالك وغيره : ولا يحرم ما رُضِعَ بعد الحولين .
 قال مالك : إلا ما قارب الحولين ولم يُفصل بمثل شهر أو شهرين^(١) .
 قال غيره : لقول الله سبحانه : ﴿ حَوَّلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾^(٢) ، وروى ابن
 عبد الحكم^(٣) : وما زاد على الحولين بالأيام اليسيرة^(٤) .
 قال الشيخ : وهذا أصح . لأن ما قارب الشيء له حكمه^(٥) .
 ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو فصلته أمه بعد الحولين حتى استغنى
 بالطعم لم يحرم ما رُضِعَ بعد ذلك ، وكذلك لو فصلته بعد حول وانقطع رضاعه
 واستغنى بالطعام فأرضعته أجنبية بعد ذلك قبل تمام الحولين لم يكن ذلك رضاعاً
 يحرم^(٦) .
 ابن حبيب : وقال مطرف وابن الماجشون : يحرم إلى تمام الحولين^(٧) .
 ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو فصل بعد الحولين بيسير أو قبل الحولين
 فأرضع بعد فصله يوم أو يومين حرم ، إذ لم يستغن بالطعام إلا أن يقيم أياماً
 يستغنى فيها بالطعام معاشاً له فلا يحرم .

(١) انظر : للمدونة ٢/٤٠٧ ، ٤٠٨ ، تهذيب المدونة ص ٩٧ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٣) أي عن مالك .

(٤) أي فيحرم ، انظر : النوادر والزيادات ل ٣٥٦/ب .

(٥) فللأيام اليسيرة حكم الحولين لوجود معنى تحريم الرضاعة فيها وهو انتفاع الصبي به وكونه له
 غذاء . انظر : المقدمات الممهدة ١/٤٩٣ .

(٦) انظر : للمدونة ٢/٤٠٨ ، تهذيب المدونة ص ٩٧ .

(٧) أي إن أرضعته أجنبية بعد فطامه قبل الحولين .

انظر : النوادر والزيادات ل ٣٥٧/أ .

قال مالك : ولو أرضعته أمه ثلاث سنين ولم تَقْصِصْه ، ثم أرضعته أجنبية لم يكن ذلك رضاعاً يحرم^(١) .

قال ابن حبيب : وقد رأى بعض العلماء الأخذ برضاة الكبير في الحِجَابَةِ خاصة^(٢) لحديث سَهْلَةَ بنت سُهَيْل^(٣) في رضاع سَالِم^(٤) وهو كبير^(٥) .

قال ابن المواز : فلو أَخَذَ به أَحَدٌ^(٦) في الحِجَابَةِ خاصة لم أَعْبَهُ كل العيب ، وَتَرَكُهُ أَحَبُّ إِلَيْنَا ، وليس في الحديث أنه يُحَرِّمُ ، وإنما قال : "أَرْضِعِيهِ يَذْهَبُ مَا فِي

(١) انظر : المدونة ٤٠٧/٢ ، ٤٠٨ .

(٢) أي في أن مرضعة الكبير لا تحجب منه .

(٣) هي سهلة بنت سهيل بن عمرو القرشي العامرية ، أسلمت قديماً بمكة وبايعت وهاجرت إلى الحبشة المهجرتين جميعاً مع زوجها أبي حذيفة بن عتبة وولدت له هناك محمداً ، ثم تزوجت عبد الله بن الأسود ، ثم تزوجت عبد الرحمن بن عوف .
انظر : الطبقات ٢١١/٨ ، الإصابة ٣٢٩/٤ .

(٤) هو سالم مولى أبي حذيفة بن عتبة بن ربيعة ، أحد السابقين الأولين ، كان يؤم المهاجرين في مسجد قباء فيهم عمر بن الخطاب وأبو سلمة ، لأنه كان أكثرهم قرأناً ، كان معه لواء المهاجرين يوم اليمامة فقاتل حتى قُتل شهيداً سنة ١٢ هـ .
انظر : الطبقات ٦٣/٣ ، الإصابة ٦/٢ .

(٥) وهو عن عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت سهلة بنت سهيل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله : إني أرى في وجه أبي حذيفة من دخول سالم (وهو حليفه) فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "أرضعيه" ، قالت : وكيف أرضعه وهو رجلٌ كبير؟ فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : "قد علمت أنه رجلٌ كبير" . أخرجه بهذا اللفظ مسلم ، كتاب الرضاع ، باب رضاعة الكبير ١٠٧٦/٢ رقم (١٤٥٣) ، وأخرجه مالك من طريق ابن شهاب عن عروة بن الزبير وفيه : قالت سهلة : يا رسول الله ، كنا نرى سالماً ولداً وكان يدخل عليّ وأنا قُتِلُ ، وليس لنا إلا بيتٌ واحدٌ فماذا نرى في شأنه؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها" وكانت تراه ابناً من الرضاة ، فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال .

الموطأ ، كتاب الرضاع ، باب ما جاء في الرضاة بعد الكبير ٤٧٢/٢ رقم (١٢) .

(٦) "أحد" ليست في ز .

وجه أبي حنيفة^(١) ، وفي حديث آخر : "تذهب غيرته" ، فليس تقوم بهذا حجة لمن أطلق التحريم ، وما علمت من أخذ به عاماً إلا عائشة رضي الله عنها وخالفها أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ، ورأين ذلك خاصاً بسالم^(٢) .

قال الشيخ : واحتج لذلك الحديث^(٣) بعض أصحابنا البغداديين بقوله عز وجل : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾^(٤) فدل أن ما زاد على الحولين بالأمر البين ليس من الرضاعة ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : "لارضاع إلا"^(٥) ما فتق الأمعاء"^(٦) ، وقوله عليه الصلاة والسلام : "الرضاع

(١) هو أبو حنيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشي ، كان من فضلاء الصحابة ومن المهاجرين الأولين ، صلى إلى القبلتين وهاجر المجرتين جميعاً ، شهد أبو حنيفة بديراً واحداً والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، استشهد يوم اليمامة وهو ابن ست وخمسين سنة .

انظر : الطبقات ٦١/٣ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٩/٢ .

(٢) وهو في صحيح مسلم عن زينب بنت أم سلمة عن أمها ، كتاب الرضاع ، باب رضاعة الكبير ١٠٧٦/٢ رقم (١٤٥٣) .

(٣) انظر : الموطأ ٤٧٢/٢ ، الفوائد والزيادات ل ٣٥٧/١ .

(٤) "الحديث" ليست في ز . ومراده أنه احتج بأنه لا يراعى ما زاد على الحولين ، وأن الحديث خاص بسالم .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٦) في زيادة "قيماً" .

(٧) أخرجه الترمذي ، كتاب الرضاع ، باب ما جاء مذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغير دون الحولين ٤٥٨/٣ رقم (١١٥٢) وزاد : "وكان قبل الفطام" .

وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لارضاع بعد فصال ٦٢٦/١ رقم (١٩٤٦) ، وابن حبان ، كتاب الرضاع ، باب ذكر الخمر الدال على أن الرضعة والرضعتين لا تحرمان ٢١٤/٦ رقم (٤٢١٠) وصححه ، وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

مأثنت اللحم وأنشز العظم^(١) ، وكل ذلك مُتَتَفٍ عن رضاعة الكبير^(٢) .

[فصل ٣ — في الرضاع في الشرك]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : والرضاع في الشرك والإسلام سواء يقع به التحريم ، ولبن المشركات والمسلمات سواء يقع به الحرمة^(٣) .

[فصل ٤ — في طرق وصول اللبن إلى الجوف وأثرها في التحريم]

قال مالك : والوَجُورُ يَحْرُمُ^(٤) .

قال ابن أبي زمنين : والوَجُور — بنصب الواو — ماضٍ في وسط الفم ، واللَّوْدُ : ماضٍ في أحد جانبي الفم ، مأخوذٌ من لَدَيْهِ الوادي وهما جانباه^(٥) .

ومن المدونة : / قال ابن القاسم : والسَّعُوطُ^(٦) إن وصل إلى جوف الصبي فإنه يَحْرُمُ .

(١) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في رضاعة الكبير ٥٤٩/٢ رقم (٢٠٦٠، ٢٠٥٩) ،

وأحمد ٥٦٠/١ رقم (٤١١٣) ، والبيهقي ، كتاب الرضاع ، باب رضاع الكبير ٧٥٨/٢ رقم

(١٥٦٥٦، ١٥٦٥٥، ١٥٦٥٣) .

والحديث فيه أبو موسى الهلالي وأبوه قال أبو حاتم : مجهولان . تلخيص الحبير ٤/٤ رقم

(١٦٥٣) فهو ضعيف .

(٢) انظر : المعونة ٩٤٩/٢ .

(٣)، (٤) انظر : المدونة ٤٠٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٧، ٩٦ .

(٥) تهذيب الطالب ٥٤/ب ، وانظر : اللسان ، مادني (وَجَرَ) ، (لَدَى) .

(٦) السَّعُوط : بفتح السين هو ما يصب في الأنف .

انظر : تنبيه الطالب ص ٩٢ .

وقال عطاء الخراساني^(١) : لا يحرم السعوط ولا الكحل باللين^(٢) ، وروي مثله لابن عباس .

وأطلق ابن حبيب التحريم به^(٣) .

وقول ابن القاسم أصح ، لأن الاعتبار في الرضاع بما يقع به الاعتداء وهو إذا لم يصل إلى الجوف كان وصوله إلى الدماغ كجريانه على ظاهر البدن . وكذلك أطلق ابن حبيب التحريم^(٤) بالحقنة ، وعلق ابن القاسم الجواب فيها بوصول اللبن إلى الجوف حتى يكون غذاءً له ، وقول ابن القاسم أصح في ذلك كله لما قدمناه ، والله أعلم^(٥) .

قال ابن حبيب : وإن ميع كحل في لبن وكحل به الصبي ، فما كان دواءً ينفذ مثل المر^(٦) والصصير^(٧) والعنزروت^(٨) وشبهه

(١) هو عطاء بن أبي مسلم الخراساني ، المحدث ، الواعظ ، نزيل دمشق والقلس ، روى عن ابن المسيب وعروة وعطاء بن أبي رباح ونافع وعمرو بن شعيب وغيرهم ، توفي بأريحا ودفن بهيت القلس سنة ١٣٥ هـ .

انظر : سير أعلام النبلاء ٦/ ٣٥٨ ، شذرات الذهب ١/ ١٩٢ .

(٢) انظر : المدونة ٢/ ٤٠٥ ، ٤٠٦ ، تهذيب المتونة ص ٩٧ .

(٣) أي بالسعوط فلم يشترط وصول اللبن إلى الجوف .

انظر : المتونة ٢/ ٩٤٨ .

(٤) "التحريم" ليست في ز .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٢/ ٩٤٨ .

(٦) المر : هو صمغ شجرة شبيهة بالشوكة المصرية ، تُشترط فتخرج منها هذه الصمغة ، وهو أنواع كثيرة أجودها ما كان حديثاً هشاً خفيفاً ، وهو يستعمل علاجاً لبعض الأمراض .

انظر : للتعتمد في الأدوية المفردة ، تأليف الملك المظفر يوسف بن عمر الغساني التركماني ، تصحيح مصطفى السقا (بيروت : دار القلم ، ط/بدون ، ت/بدون) ص ٤٨٩ .

(٧) الصصير : هو عصارة شجرة الصصير ، وهو نوعان : رملّي وهو شبيه بالعكر الصافي ، وكبيدي سهل الانفراك ، وأجوده ما كان لازوقاً ليس فيه حجارة وله بريق ، والصصير من الأدوية ، وهو أنفعها للمعدة . انظر : المصدر نفسه ص ٢٨١ .

(٨) العنزروت : هو صمغ شجرة تنبت في بلاد الفرس ، شبيهة بالكندر ، صغار الخصى ، في طعمه مرارة ، له قوة ملوكة للجراحات ، ويقطع الركوبات السائلة إلى العين . انظر : المصدر نفسه ص ١٠ .

فإنه يحرم^(١) ، وما كان مما^(٢) يتردد في العين لم يحرم^(٣) .
 قال الشيخ : وسواء عند ابن القاسم كان مما ينفذ أو يتردد فإنه لا يحرم ؛
 لأنه لا يكون منه غذاء ، وقد دخل من غير مدخل الطعام والشراب فلا يحرم حتى
 يكون غذاء للصبي ، كما قال في الحُفنة .
 ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن حُقِنَ بلبنٍ فوصل إلى جوفه حتى يكون
 غذاءً له لو لم يطعم ولم يسق فإنه يحرم وإلا فلا يحرم . وقد قال مالك في الصائم
 يحتقن : إن عليه القضاء إن وصل ذلك إلى جوفه^(٤) .

-
- (١) لأنه يجري في عروق العين إلى الخيشوم إلى الحلق إلى الجوف . النوادر والزيادات لـ ٣٥٦/ب .
 (٢) "مما" ليست في ز .
 (٣) انظر : المصنف نفسه لـ ٣٥٦/ب .
 (٤) انظر : المدونة ٤٠٥/٢ .

[الباب الثاني]
في لبن الفحل^(١) ولبن^(٢) البكر والبياسة
والمينة^(٣) والبهيمة

[فصل ١ - في التحريم بلبن الفحل]

وحَرَّمَ الرسول صلى الله عليه وسلم بلبن الفحل^(٤) وقال : "لقد همت أن أنهي عن الغيلة^(٥) حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضُرُّ أولادهم شيئاً"^{(٦) (٧)}.

- (١) المراد بالفحل هنا هو الزوج ، وأضيف اللبن إليه لأنه كَرَّ في زوجته بسبب وطئه لها .
- (٢) "لبن" ليست في أ ، ب .
- (٣) "المينة" ليست في أ ، ب .
- (٤) أي أن التحريم بالرضاع يكون من جهة الرجل كما يكون من جهة المرأة ، ومن أظهر الأدلة على ذلك حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت : جاء أفصح أخو أبي القَعيس يستأذن عليها بعدما نزل الحجاب ، وكان أبو القَعيس أبا عائشة من الرضاعة ، قالت عائشة : فقلت : والله لا أذن لأفصح حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن أبا القَعيس ليس هو أَرْضعني ، ولكن أَرْضعني امرأته ، قالت عائشة : فلما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت : يا رسول الله إن أفصح أخا أبي القَعيس جاء يستأذن علي فكرهت أن أذن له حتى استأذنتك ، قالت : فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "إذني له" ، وفي رواية : "فإنه عمُّك تربت بمينك" ، وفي رواية : "لا تحتجني منه فإنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب" .
- أخرجه مسلم ، كتاب الرضاع ، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ١٠٦٩/٢ رقم (١٤٤٥) .
- (٥) الغيلة : اسم من الغيل : وهو أن يجامع الرجل المرأة وهي مُرضِع .
- غريب الحديث ١٧٠/٢ .
- وقد فسرها مالك كذلك كما سيأتي قريباً .
- ويرى بعض أهل اللغة أن المراد بها : أن ترضع المرأة ولدها وهي حامل .
- انظر : اللسان ، مادة (غِيل) .
- (٦) "شيئاً" ليست في ز .
- (٧) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب جواز الغيلة ١٠٦٦/٢ رقم (١٤٤٢) ، ومالك ، كتاب الرضاع ، باب جامع ما جاء في الرضاعة ٤٧٤/٢ رقم (١٦) .

قال مالك : فإنما يغيل اللبن ويكون فيه غذاء ، والوطء يدرك له اللبن ويستنزله^(١) ، فهو يحرم .

قيل لمالك فما الغيلة؟

قال : أن يطأ الرجل امرأته وهي ترضع ، وليست بحامل . ولا يكره ذلك ، إذ لم يَنه عنه النبي صلى الله عليه وسلم^(٢) ، وليس كما قال ناس : إن الغيلة أن يغتال الصبي فيرضع بلبن قد حملت أمه عليه ؛ فيكون لما أرضعته بذلك اللبن قد اغتالته^(٣) .

قال ابن القاسم : فلم يكرهه مالك لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه^(٤) .

قال ابن حبيب^(٥) في الواضحة : الغيلة وطء الموضع حملت أم لم تحمل ، أنزل الرجل أو لم ينزل فيها .

وقال : العرب تنقيه شديداً وتقول : لو لم يبق من عُمُرِ الْمَغِيلِ إِلَّا يَوْمٌ لتبين ذلك فيه بصرع في جسم أو ريلة من سَقَمٍ^(٦) ، وإنما هم النبي صلى الله عليه وسلم بالنهي عنها لما عَلِمَ من ضررها^(٧) .

قال أبو عمران : وما أدري قوله^(٨) : أنزل فيها أو لم ينزل ، وما الغيلة إلا الوطء مع الإنزال ، إلا أن يريد أن ماءها هي يُضَعِفُ اللبن^(٩) .

(١) في ز "ويستمره" ، وهو تحريف .

(٢) كما في الحديث السابق .

(٣)، (٤) انظر : المدونة ٤٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٧ .

(٥) في جميع النسخ "ابن الماحشون" وهو خطأ ، والتصحيح من النوادر .

(٦) قال القرافي بعد ذكره لمعني الغيلة : والمتوقع من الفساد إضعاف النبي اللبن لمشاركة الرحم

الثدي في الهاري ، وإن الحمل يمنع الحيض فينحصر في الجسد فيفسد اللبن ، ولم يشترط عبد الملك الإنزال ، ولعله اكتفى بمخى المرأة .

انظر : الذخيرة ٢٧٥/٤ .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٦٠/ب .

(٨) أي قول ابن حبيب .

(٩) أي إذا أنزلت هي ولم ينزل الرجل . انظر : تهذيب الطالب ل ٥٦/أ .

ومن المدونة : قال مالك : فلو أن امرأة رجل ولدت منه فأرضعت ابنه عامين ثم قطمته ؛ ثم أرضعت بلبنها بعد الفطام صبياً ، فهو ابنٌ لزوجها .
قال ابن القاسم : ولو حملت من زوجها فأرضعته وهي حامل ، كان اللبن للفحل .

قال مالك : ولو لم تند قط وهي تحت زوج فدرت فأرضعت صبياً قبل أن تحمل كان اللبن للفحل^(١) .

قال ابن القاسم : وإن طلقها زوجها وهي ترضع ولدها منه ؛ فانقضت عدتها وتزوجت غيره ؛ ثم حملت من الثاني فأرضعت صبياً ، فإنه ابنٌ للزوج الأول والثاني ، واللبن لهما جميعاً إن كان اللبن الأول لم ينقطع . وقاله ابن نافع عن مالك .

ومن كتاب ابن المواز : وإذا أرضعت بلبن الزنا [صبياً]^(٢) فهو ابنٌ لها ، ولا يكون ابناً للذي زنى بها ، ولو أرضعت صبيةً فتزوجها الذي زنى بها ؛ لم أقض بقسخته ، وأحب إلي أن يجتنبه من غير تحریم ، وأما ابنته من الزنا فلا يتزوجها / وإن [١٠٦/ب] كان أحازه ابن الماجشون ، وأباه أصبغ وابن عبد الحكم في ظني^(٣) ، ومكروهه بين^(٤) لقول النبي صلى الله عليه وسلم لسودة^(٥) في الولد :

(١) انظر : المدونة ٤٠٦/٢ ، ٤٠٧ ، تهذيب المدونة ص ٩٧ .

(٢) "صبياً" من التوارد والزيادات .

(٣) في "في وطء" .

(٤) هي أم المؤمنين سودة بنت زمعة بن قيس بن عبد شمس القرشية العامرية ، تزوجها لسكران بن عمرو ، وأسلمت بمكة قديماً وبايعت وأسلم زوجها وخرجاً جميعاً مهاجرين إلى أرض الحبشة في الهجرة الثانية ، ثم توفي عنها بمكة ، فتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة عشر من النبوة ، وهي أول امرأة تزوجها بعد خديجة ، توفيت في آخر خلافة عمر بن الخطاب ، وقيل : توفيت سنة ٥٤ هـ في خلافة معاوية .

انظر : الطبقات ٤٢/٨ ، الإصانة ٣٣٠/٤ .

"احتجبي منه" ^(١) ، وقد ألحقه بأبيها ^(٢) وصار لها أخاً في الميراث ، وحجبها عنه لشبهه بعتبة ^(٣) ، فكيف يتزوجها عتبه لو كانت حارية؟
وأما لبن الزنا فلا يحرم - يريد من قبل الفحل - وأما كل لبن من وطء بفساد ^(٤) نكاح مما لاحد فيه ، أو وطء لا يجوز بالملك فالحرمة تقع فيه من قبل الرجل والمرأة ، وكذلك اللبن في ولد الملاعنة يحرم من الرجل والمرأة ^(٥) .
وقال ابن حبيب : اللبن ^(٦) في وطء صحيح أو فاسد أو حرام أو زنا فالحرمة فيه من قبل الرجل والمرأة ، وكما لا تحمل له ابنته من الزنا ؛ كذلك لا يحمل له نكاح من أرضعته المزني بها من ذلك الوطء ، لأن اللبن لبنة والولد ولده وإن لم يلحق به وقد كان مالك يرى أن كل وطء لا يلحق فيه الولد فلا يحرم لبنة من قبل فحله ، ثم رجع إلى أنه يحرم ^(٧) ، وذلك أصح ، وقاله أئمة من ^(٨) العلماء ^(٩) .

(١) ومص الحديث : عن عائشة رضي الله عنها قالت : اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام ، فقال سعد : هذا يارسل الله ابن أخي عتبه بن أبي وقاص ، عهد إلي أنه ابنه ، انظر إلى شبهه ، وقال عبد بن زمعة : هذا أخي يارسل الله ، ولد على فراش أبي من وليته ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه ، فرأى شبهاً بيناً بعتبه فقال : "هو لك يا عبد . الولد للفراش وللعاهر الحجر ، واحتجبي منه ياسودة بنت زمعة" . أخرجه البخاري ، كتاب الحدود ، باب للعاهر الحجر ٢٢/٨ ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش وتوفي الشبهات ١٠٨٠/٢ رقم (١٤٥٧) .

(٢) في ز "بها" .

(٣) أي عتبه بن أبي وقاص .

(٤) في ز "فاسد" .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٥٩/ب .

(٦) "اللبن" ليست في أ .

(٧) قال القرافي : وإن اتفق الولد وسقط الحد فالرواية الأخيرة : نشره للحرمة ، لظهور شبه النكاح المشروع من حيث الجملة . انظر : الذخيرة ٢٧٣/٤ .

(٨) "من" ليست في أ .

(٩) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٥٩/ب .

وقال سحنون : كل نكاح حرام لا يلحق فيه الولد كنكاح الخامسة ، أو الأخت من الرضاعة ، أو متزوجة وهو يعلم بزواجها ، وهو عالمٌ بتحريم ذلك ، ولا يعذر بجعل أن الحرمة تقع فيه من قبل الرجل والمرأة^(١) .

قال : وقال عبد الملك : لا تقع بذلك حرمةٌ حين لم يلحق به الولد ، ولا يحرم عليه الولد إن كانت ابنة .

قال سحنون : وهذا خطأٌ صراح ، ما علمت من قاله من أصحابنا غيره . وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم سودة أن تحتجب من ولدٍ ألحقه بأبيها لما رأى من شبهه بعُتْبَةَ^(٢) ^(٣) .

قال : وكذلك من زنى بها غصباً [فولدت]^(٤) فما أرضعت بذلك اللبن يحرم بذلك على الواطئ ، ولا يحرم عليه بذلك شيءٌ عند عبد الملك^(٥) .

قال عبد الوهاب : ودليلنا أن لبن الفحل يحرم ، قوله عليه الصلاة والسلام : "يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة"^(٦) ، وحديث عائشة رضي الله عنها لما أتت أن تأذن لعمها من الرضاعة ، وقالت : "إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل" فقال صلى الله عليه وسلم : "إنه عمُّك فليُلبَّج عليك"^(٧) ، ولأنهما يشتركان في اللبن ، ولأنه تحريمٌ يثبت بالنسب فيثبت بالرضاع كتحريم الأمومة^(٨) .

ومن كتاب ابن المواز : ويحرم بلبن الفحل ؛ فإذا أرضعتك امرأةٌ كان زوجها أبوك من الرضاعة ، وأخوه من النسب أو الرضاعة عمك .

(١) انظر : المصدر نفسه ل ٣٥٩/١ .

(٢) سبق تخريجه قريباً .

(٣) تهذيب الطالب ل ٥٦/١ .

(٤) من النوادر والزيادات .

(٥) كما تقدم ، النوادر والزيادات ل ٣٥٩/١، ب .

(٦) سبق تخريجه ص ٤٠٣ .

(٧) سبق تخريجه ص ٤١٢ .

(٨) انظر : المعونة ٩٥٢/٢ .

قال : وأبوك من النسب إن كان له أخٌ من الرضاعة فهو عمُّك من الرضاع وإن كان لعمِّك من الرضاع^(١) أخٌ من نسبٍ أو رضاعٍ آخر لم يكن بينك وبينه تحریم .

- قال الشيخ : كما لا يكون بينك وبين أخت من أرضعت أمك تحریم ، وإن كانت أخت أخيك من الرضاعة - .

قال ابن المراز : وأخوك من النسب إن كانت له أختٌ من الرضاع فهي لك حلال ، وحلالٌ لولدك ، وهي أخت عمِّه وليست بعَمَّتِه .

قال محمد : وأخوك من الرضاع يحل لك نكاح أخته من النسب والرضاع ما لم ترضعك أمها ، وإلا فلك نكاحها ونكاح أمها^(٢) .

قال ابن حبيب عن ابن الماجشون : وإذا أرضعت امرأةً صبيًّا فكل ولدٍ تقدم لها أو يكون لها أبداً بولادةٍ أو رضاعٍ إخوةً له ، وحرامٌ عليه^(٣) ، وهم حلالٌ لإخوته^(٤) .

قال الشيخ : فالأصل في هذا أن كلَّ من اجتمعا على ثديٍ واحدٍ فهما أخوة رضاع ، والتحریم واقعٌ بينهما ، وأما أخو أخيك من الرضاع فأجنبيٌّ منك ، إذ لم ترضع أنت أمه ، وحلالٌ لك أمه وأخته ، وهو كما تقدم لمحمد بن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه العلم أن حكم لبن الزوج الأول ينقطع إذا ولدت من الزوج الثاني^(٥) ، وإنما الاختلاف إذا حملت من الثاني ولم تلد^(٦) . /

[١٠٧]

(١) "من الرضاع" ليست في ز .

(٢) انظر : التوارد والزيادات ل/٣٥٧ .

(٣) في التوارد زيادة : وكل ولد لفعلها - يريد الفحل الذي كان الرضاع أولاً بليته .

(٤) أي البنات منهم يحل لإخوته نكاحهن . انظر : المصدر نفسه ل/٣٥٧ ب .

(٥) انظر : الإجماع ، تأليف محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد ،

(الاسكندرية : دار الدعوة ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٢ هـ) ص ٧٧ .

(٦) تهذيب الطالب ل/٥٥ ب .

وفي كتاب محمد عن مالك خلاف ما ذكر ابن المنذر : أنها وإن وضعت من الثاني لا ينقطع حكم لبن الأول إذا لم ينقطع^(١) اللبن^(٢) .

وذكر عن أبي عمران أنه قال : لم يختلف أصحابنا في التي تتزوج في العدة ويدخل بها الزوج فتلد ولداً لأقل من ستة أشهر ؛ أن لبن هذا الولد للزوجين جميعاً ، وكذلك إذا نفى الولد أحد الزوجين أو كلاهما أن اللبن لهما .

وذكر أن سحنون يقول : إذا طلق الزوج زوجته وتمادى بها اللبن أنها إذا جاوزت خمس سنين وهي المدة التي تلحق فيها الأنساب ، فلا يكون اللبن للزوج^(٣) .

قال أبو عمران : وما أعرف هذا لسحنون ، ولم أره في كتاب ابنه ، وقد استقصى الرضاع فيه ، فإن كان هذا صحيحاً فيما حدّ هذا ، لأن الرضاع لا يكون أقوى من النسب ، فإذا انقطع النسب لذلك^(٤) ؛ فانقطع الرضاع أخرى ، ويصير كأن هذا اللبن من رجل آخر ، أو يكون هذا خِلْقَةً في المرأة فلا يكون ذلك من قبَل الزوج ، وقد يعترض على هذا بالتي أيسر وقعدت عن الولد فتزوجت فدرّت ، ثم طلقها الزوج ، أو لم يطلقها أليس اللبن له ؟ فليس العلة الحمل .

فترجيح الشيخ^(٥) في ذلك ، وكأنه نحا إلى أن قول سحنون خلاف المدونة ، إذ ذكر فيها إذا لم ينقطع اللبن من غير حد^(٦) ،^(٧) والله أعلم .

(١) في زيادة " حكم " .

(٢)، (٣) انظر : المصدر نفسه ل ٥٥/ب ، ١/٥٦ .

(٤) أي بعد مجاوزة خمس سنين .

(٥) أي أبي عمران .

(٦) انظر : المدونة ٢/٤١٠ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ١/٥٦ .

[فصل ٢ — في التحريم بلبن البكر واليائسة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا دَرَّتْ بِكْرٌ^(١) لزوج لها أو يائسةٌ من الحيض فأرضعت صبيّاً فهي أُمُّ له ، لأن لبن النساء يُحرِّم عبي كل حال^(٢) .
وفي كتاب ابن الجلاب في الصغيرة التي لا يوطأ مثلها : أن لبنها لا تقع به حرمة^(٣) .

ومن كتاب ابن سحنون : قال ابن القاسم : لو أن امرأة دَرَّتْ من ثديها ماء فأرضعت به^(٤) صبيّاً فلا يحرِّم به ، ولا يحرِّم إلا باللبن الذي يكون له غذاءٌ يُغني عن الطعام ، وأما ماء أصفر ونحوه فلا^(٥) .
قال : وإن أرضع رجلٌ صبيّاً ودَرَّتْ عليه لم تقع به الحرمة^(٦) ، لأن الله عز وجل قال : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾^(٧) ، فإنما يحرِّم لبن بنات آدم لا ما سواه^(٨) .

[فصل ٣ — في لبن البهيمة هل يحرِّم أم لا؟]

قلت : فلو أن صبيتين غُذِّيَا بلبن بهيمةٍ أتكونا أختين؟
قال : لا تكون الحرمة في الرضاعة إلا بلبن بنات آدم لا ما سواه^(٩) ^(١٠) .

-
- (١) في "بلبن" .
 - (٢) انظر : المدونة ٤١٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٧ .
 - (٣) انظر : التفريع ٧٠/٢ .
 - (٤) "به" ليست في أ .
 - (٥) النوادر والزيادات ل ٣٥٦/ب .
 - (٦) قال الباجي : المعتاد رضاع النساء ، وهذا إن وُجد فادْرُ ولا يتعلق به حكم ، لأنه خارجٌ من غير محرجه المعتاد فأشبهه مصّ دَمِهِ . المنتقى ١٥١/٤ .
 - (٧) سورة النساء : آية ٢٣ .
 - (٨) انظر : المدونة ٤١٥/٢ .
 - (٩) "لا ما سواه" ليست في ز .
 - (١٠) انظر : المصدر نفسه ٤١٥/٢ .

[فصل ٤ — في التحريم بلبن المرأة الميتة]

قال : وإذا حُلِبَ من ثدي المرأة لبنٌ ، ثم ماتت ، فَأَوْجَرَ بذلك اللبن صبيٌّ ، أو حُلِبَ من لبنها بعد موتها فَأَوْجَرَ به صبيٌّ فالحرمة تقع بذلك ، ولبنها في موتها وحياتها سواء ، وكذلك إذا دَبَّ صبيٌّ إلى امرأة وهي مَيِّتَةٌ فَرَضَعَهَا وقعت به الحرمة إذا عُلِمَ أن في ثديها لبناً وأنه^(١) قد رضعها ، ولا يحل اللبن في ضروع الميتة .

قيل : فكيف أوقعت الحرمة بلبن هذه المرأة الميتة ولبنها لا يحل؟

فقال : لأن من حلف ألا يشرب لبناً فشرّب لبناً ماتت فيه فأرةً ، أو شرب لبن شاةٍ ميتةً أنه حانث إلا أن ينوي اللبن الحلال ، ونكاح الأموات لا يحل ، ويحد من وطئ ميتة^(٢) .

ابن المراز : ولا صداق عليه .

قال بعض البغداديين : ^(٣) ويدل على أن لبن الميتة يحرم قوله صلى الله عليه وسلم : "لأرضاع إلا ما فتق الأمعاء"^(٤) ، وقوله : "الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم"^(٥) ، ولأن الاعتبار في الرضاع وقوع الاغتذاء به ، وذلك كله^(٦) موجودٌ في لبن الميتة^(٧) .

(١) "أنه" ليست في ز .

(٢) انظر : للمصنف رقمه ٤١٠، ٤١١ ، تهذيب المسئلة ص ٩٧ .

(٣) في أ ، ب زيادة "هذا" .

(٤) سبق تخريجه ص ٤٠٨ .

(٥) سبق تخريجه ص ٤٠٩ .

(٦) "كله" ليست في ز .

(٧) قال : فوجب أن ينشر الحرمة أصله اللبن الذي يؤخذ منها حال الحياة . انظر : المعرنة

[فصل ٥ — في لبن المرأة يجعل فيه طعام أو دواء]

ومن المدونة : قال^(١) : ولبن المرأة إذا جُعِلَ فيه طعامٌ حتى يغيب اللبن فيه ، أو صُنِعَ فيه طعامٌ فكان الطعام الغالب ، ثم طُبِخَ عسى النار حتى غاب اللبن ، أو صُبَّ في اللبن ماءٌ حتى غاب اللبن وصار الماء الغالب ، أو جُعِلَ / في اللبن دواء ، [ب/١٠٧] فغاب اللبن في ذلك الدواء فأطعم الصبي ذلك أو سَقِيَهُ لم تقع الحرمة به ، لأن اللبن قد ذهب ، وليس فيما أكل أو شرب لبن يكون به عَيْشُهُ^(٢) .
ابن حبيب : ^(٣) وقال مطرف وابن الماجشون : أنه يحرم وإن غلب عليه ماخرج معه^(٤) .

قال عبد الوهاب : وهذا قول الشافعي^(٥) ، وقول ابن القاسم هو قول أبي حنيفة^(٦) .

فوجه قول ابن القاسم : أن استهلاك اللبن يطل حكمة ، إذ لا يمنث به الحالف ألا يشرب لبناً ، ولأن تعلّق التحريم بالكثير كتعليق وجوب الحد بشرب الخمر ، ثم ثبت أن النقطة من الخمر إذا استهلكت في الماء أنه لا يحد شاربه .
ووجه قول مطرف وابن الماجشون : أن اختلاط اللبن لا ينفي حكمه كما لو لم^(٧) يستهلك فيه ، ولأن الغذاء يحصل للطفل بالمختلط كله^(٨) .

(١) في أ ، ب "قال مالك" وهو في المدونة من قول ابن القاسم .

(٢) انظر : المدونة ٤١٥/٢ .

(٣) في النوادر : قال ابن حبيب : وما خلط من دواء بلبنٍ فأطعم صبياً فابن القاسم لا يحرم به حتى يكون هو الغالب ، وقال مطرف ... الخ .

(٤) انظر : النوادر والزوائد ل ٣٥٦ ب .

(٥) انظر : الأم ٤٩/٥ ، مختصر المزني مع الأم ٢٤٢/٩ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٢٢ ، تحفة الفقهاء ٢٣٩/٢ .

(٧) "لم" ليست في أ .

(٨) انظر : المعونة ٩٥١/٢ .

قال الشيخ : وقول ابن القاسم أصح ، لأن الاعتبار في الرضاع الغذاء وليس في هذا المستهلك غذاء .

ومن كتاب ابن سحنون : قال ابن القاسم : ولو أن امرأة دَرَّ من ثديها ماءً أصفر ونحوه فأرضعت به صبيّاً ؛ فلا يحرمّ به ، ولا يحرمّ إلا باللين الذي يكون به الغذاء ويُغني عن الطعام^(١) .

(١) انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٥٦/ب .
وقد تقدمت هذه المسألة قريباً .

[الباب الثالث]

في الشهادة على الرضاع والإقرار^(١) به

[فصل ١ — في الشهادة على الرضاع]

وحضَّ النبي صلى الله عليه وسلم على اجتناب الشبهات^(٢) ، ولقد ألحق الولد بزَمَّةٍ لفراشه ، وأمر سَوْدَةَ بنت زَمْعَةَ أن تحتجب منه لما رأى من شَبْهِهِ بِعُتْبَةَ مَدْعِيهِ^(٣) ، وهذا من تَوْقِي الشبهات .

قال مالك : وإذا قالت امرأةٌ عدلٌ : كنت أرضعت فلاناً وزوجته ، لم أقض بفراقهما^(٤) .

ابن وهب : وقاله عمر بن الخطاب^(٥) .

قال ابن القاسم : وإن عُرِفَ ذلك من قولها قبل النكاح لم يفرق بينهما^(٦) .

(١) في ز "الرضاع" .

(٢) لعنه يشير إلى حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

"الحلال بين ، والحرام بين ، وبينهما أمورٌ مشبهات ، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام" الحديث .

أخرجه البخاري ، كتاب الإيمان ، باب فضل من استبرأ لدينه ١٩/١ ، ومسلم ، كتاب المساقاة ، باب أخذ الحلال وترك الشبهات ١٢١٩/٣ رقم (١٥٩٩) .

(٣) سبق تخريجه ص ٤١٥ .

(٤) انظر : المدونة ٤١١/٢ .

(٥) فقد روى ابن وهب عن عبد الرحمن بن أسلم عن أبيه أن رجلاً جاء إلى عمر بن الخطاب

بامرأة ، فقال : يا أمير المؤمنين ، إن هذه تزعم أنها أرضعتني وأرضعت امرأتي ، فأما رضاعها امرأتي فمعلوم ، وأما رضاعها إياي فلا أعرف ذلك ، فقال عمر : كيف أرضعته؟ فقالت : مررت به وهو ملقى بيكي وأمه تُعَاجِ حُبْرًا لها فأخذته إلي فأرضعته وسكته ، فأمر بها عمر ففُضِرَتْ أسواطاً وأمره أن يرجع إلى امرأته .

المصدر نفسه ٤١٢/٢ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٤١١/٢ .

قال مالك : ويؤمر بالتزّنه عنها إن كان يثق بقولها ، ولو شهد بذلك امرأتان بعد العقد ، وهما أمّ الزوج وأمّ الزوجة ، أو أجنبيّتان لم يُقبل قولهما إلا أن يكون ذلك قد فشا من قولهما قبل النكاح عند الأهلين والجيران فيقضى بالفراق بينهما^(١) .
قال ابن المواز : وإذا لم يكن ذلك من قولهما فاشياً فأحبُّ إليّ أن يتزّنه نفسه عنها ويتورّع .

وذكر ابن حبيب عن ابن الماجشون وغيره^(٢) : أنه يقضى بالفراق^(٣) وإن لم يكن قولهما فاشياً .

قال : وكذلك^(٤) رجلٌ وامرأةٌ واحدةٌ وإن لم يكن فاشياً في الأهلين إذا قاموا حين علموا بالنكاح ، ولم^(٥) يأت عليهم حالٌ يُتّهمون فيها ، وقاله أصبغ ، وعليه جماعة الناس^(٦) .

ومن المدونة : قال مالك : ولو خطب رجلٌ امرأةً فقالت له امرأةٌ : قد أرضعتكما - وفي رواية يحيى^(٧) فقالت له أمّ المرأة : قد أرضعتكما - قال مالك : فليتزّنه عنها على وجه الاتقاء لاعلى وجه التحريم ، فإن تزوجها لا يفرق القاضي بينهما .

وإن قال الأب : رضع فلانٌ أو فلانةٌ مع ابني الصغير أو ابنتي ، ثم قال : أردت اعتذاراً ، أو قال : كنت كاذباً^(٨) ، لم يُقبل منه^(٩) .

-
- (١) انظر : المصدر نفسه ٤١١/٢ .
(٢) وهم ابن وهب وابن نافع ومطرف .
(٣) أي بين الزوجين بشهادة امرأتين .
(٤) أي أنه يقضى بالفراق إن شهد رجلٌ وامرأةٌ واحدة .
(٥) في زيادة "إن" .
(٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٥٩/ب ، ٣٦٠/أ .
(٧) هو أبو محمد يحيى بن يحيى بن كثير بن سلاس الليثي القرطبي ، الإمام الكبير ، الحجة الثبت ، سمع مالكاً والليث وابن وهب وابن القاسم وبه تفقه ، توفي سنة ٢٣٤ هـ .
(٨) انظر : ترتيب المدارك ٥٣٤/١ ، سير أعلام النبلاء ٢٠٠/٩ ، النديج ٣٥٢/٢ ، شجرة النور ص ٦٣ .
(٩) في أ "نادماً" .
(٩) أي قوله الأخير ، فلا يتزوج الرجل المرأة .

قال ابن القاسم : فإن تزوجها فرق القاضي بينهما ، ويؤخذ^(١) بإقراره الأول^(٢) .

قال الشيخ : كالمقر على نفسه ، لأنه هو العاقد عليها .
قال في كتاب النكاح الثاني^(٣) : ومن اشترى حارية أو أراد شراءها ، أو خطب امرأة فقال له أبوه : قد نكحت الحرة ، أو وطئت الأمة بشراء ، وأكذبه الابن ، فلا يقبل قول الأب إلا أن يكون ذلك من قوله فاشياً قبل الشراء أو النكاح ؛ فأرى له أن ينتزعه عنها ، ولو فعل لم أقض عليه^(٤) .

قال الشيخ : لأنه^(٥) ليس هو العاقد عليه فيؤخذ بإقراره .

وقال مالك : وكذلك الأم إذا لم يزل يسمعونها تقول : قد أرضعت فلانة / [١٠٨/١]
فلما كبرت أراد الابن تزويجها فلا يفعل^(٦) .

قال الشيخ : فإن فعل لم يقض بفراقها ، لأن الأم ليست بعاقدة فيؤخذ بإقرارها .

[فصل ٢ — في الإقرار بالرضاع]

ومن الرضاع^(٧) : وإذا أقر أحد الزوجين أن الآخر أخوه من الرضاعة قبل أن يتناكحا فسخ نكاحهما إذا شهدت على إقرارهما بذلك بينة .

(١) أي الأب .

(٢) انظر : المدونة ٤١٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٧ .

(٣) وهو في المدونة (كتاب النكاح الرابع) .

(٤) انظر : المدونة ٢٤٧/٢ .

(٥) أي الأب .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٤١٢/٢ .

(٧) أي ومن كتاب الرضاع في المدونة .

قال ابن القاسم : وليس قول الرجل : هذه أختي ، أو قول المرأة : هذا أخي كقول الأجنبي فيهما ، لأن إقرارهما على أنفسهما بمنزلة البينة القاطعة^(١) .

قال أبو القاسم بن الكاتب : وإذا قالت المرأة المدخول بها لزوجهما : إنك أخي من الرضاة ، وصدقها ؛ يجب أن يرجع عليها بجميع الصداق إلا ربع دينار ، كالتّي غرت من نفسها وتزوجته في العدة ، ولو لم يصدقها لم يقبل ذلك منها لأنها تتهم على فراقه ، ولو لم يدخل بها وصدقها لم يترك لها شيئاً من الصداق^(٢) .

وإذا قالت الأم لرجل : أرضعتك مع ابنتي ، ثم قالت : كنت كاذبة أو معذرة لم يقبل قولها الثاني ، ولا أحب له^(٣) أن يتزوجها^(٤) .

قال ابن المواز : فإن تزوج هذا الرجل هذه الصبية بعد قول أمها هذا ، فرق القاضي بينهما ، وقاله ابن حبيب^(٥) .

قال أبو محمد وغيره : إنما يؤمر بالنتزه عنها من غير قضاء بخلاف قول الأب^(٦) .

قال الشيخ : وهو مذهب المدونة^(٧) ، والفرق بين الأب وبين الأم في هذا القول ؛ فلأن الأب هو العاقد على ابنه الصغير وعلى ابنته الصغيرة فصار ذلك كإقراره على نفسه .

فإن قيل : فيلزم على هذا ألا يقبل في ابنه الكبير لأنه يعقد على نفسه؟

قيل : قد مر به حال لا يعقد عليه إلا الأب فهو عسى ذلك .

قال ابن المواز : قول أحد الأبوين ، أو أحد الزوجين قبل النكاح مقبول ويفسخ به النكاح وإن لم يفش في المعارف ، ولا يقبل بعد النكاح قول الأب أو الأم

(١) انظر : المصدر نفسه ٤١٢/٢ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٥/ب .

(٣) "له" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٤١٢/٢ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٥٩/ب .

(٦) أي إذا قال : رضع فلان مع ابنتي ، ثم قال : أردت اعتذاراً أو كنت كاذباً ، فيفرق بينهما بقضاء كما تقدم .

(٧) كما تقدم من قول مالك ، انظر ص ٤٢٤ .

وإن كانا عدلين ، ولا قول الجارية ، ولا امرأتين عدلتين من غير أمر فاش ، ويومر بالثقة ، وإن كان مع المرأتين أمر فاش في المعارف قضى بالفسخ ، وأم الزوج وأم الزوجة بعد النكاح كالأجنبيتين^(١) ، والأجنبيات قبل النكاح وبعده سواء^(٢) .

(١) أي في أنه لا تقبل شهادتهما في الرضاع إلا مع فشوه في المعارف .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل ٣٥٩ ب .

[الباب الرابع] فيمن يحرم نكاحه بالرضاع من النساء

قال الرسول صلى الله عليه وسلم : "يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ"^(١).

قال ابن القاسم : فلا يجمع بين المرأة وعمتها وخالتها من الرضاعة كالولادة^(٢).

قال مالك^(٣) : والمملوك والتزويج في الرضاعة سواء في الحرمة ، والأحرار والعبيد في حرمة الرضاع سواء ، ويحرم على الرجل امرأة أبيه وابنه^(٤) من الرضاعة كالنسب .

ومن تزوج صغيرة بعد صغيرة فأرضعتها أجنبية فليحتر واحدة ويفارق الأخرى ، ولا يفسد نكاحهما كما يفسد عقد متزوج الأختين في عقدة لفساد العقد فيهما وصحته في هاتين . ولو تزوج أربع مراضع فأرضعتن كلهن فله أن يختار أولهن رضاعاً أو آخرهن أو من شاء ويفارق البواقي ، فإن أرضعت واحدة منهن فهن على نكاحهن ، وإن أرضعت ثانية ؛ اختار أيتهن شاء وفارق الأخرى ، فإن فارق الأولى ثم أرضعت ثالثة ؛ اختار ، فإن فارق الثانية ثم أرضعت رابعةً حبس الثالثة إن شاء أو الرابعة وفارق الأخرى ، وإن أرضعتن كلهن قبل أن يختار واحدةً منهن فله أن يختار واحدةً منهن ؛ إن شاء أولتھن رضاعاً أو آخرتھن أو ماشاء منهن ويفارق البواقي^(٥) .

قال أبو محمد : وابن القاسم لا يرى لمن اختار / فراقها من الأربع صداقاً [١٠٨/ب كالفسخ .

(١) سبق تخريجه ص ٤٠٣ .

(٢) انظر : المدونة ٤٠٩/٢ .

(٣) "مالك" ليست في ز .

(٤) "وابنه" ليست في ز .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٤٠٩/٢، ٤١٣، ٤١٤ ، تهذيب المدونة ص ٩٧ .

وقال ابن المواز : يعطيها ثمن صداقها ، إذ لو فارقهن جميعاً لم يكن هن إلا نصف صداق بينهما .

وقال ابن حبيب : يعطي لكل واحدة ممن يفارق نصف صداقها ، لأنه طلاق باختياره وليس كالفسخ^(١) .

ابن القاسم : ومن اختار فراقها فهو فسخ بلاطلاق عند ابن القاسم لأنه لا يرى هن صداقاً ، ومن رأى هن من الصداق شيئاً^(٢) أوجب عليه في كل واحدة طلاقاً^(٣) .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا : وعلى قول ابن القاسم يكون فراقه طلاقاً لأنه هو الذي اختار الفسخ فيمن أراد منهن - يريد : وليس كل^(٤) موضع يكون الفراق بطلاق يلزم فيه الصداق ، بل يوجد في غير ما مسألة الفسخ بطلاق ولا يكون في ذلك صداق ، فاعتبر ذلك تجده^(٥) .

قال الشيخ : ولا شيء على المراجعة هن من الصداق وإن تعدت على ذلك ، على مذهب ابن القاسم ، لأن الزوج لم يجب عليه صداق ، لأنه غير مطلق ، وأما على قول من يرى هن شيئاً من الصداق فيجب للزوج الرجوع على المتعدية لما غرم كرجوعه على الشاهدين عليه بالطلاق قبل البناء إذا رجعا عن شهادتهما^(٦) ، وقاله ابن الكاتب^(٧) .

قال بعض فقهاءنا : ولو مات الزوج قبل أن يختار واحدة من الأربع لم يجب عليه إلا صداق واحد للجميع ، وتتفق هاهنا الأقوال كلها^(٨) ، لأن واحدة يصح

(١) انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٥٨/ب .

(٢) كابن المواز وابن حبيب .

(٣) انظر : تهذيب الطالب لـ ١/٥٥ .

(٤) في "بكل" .

(٥) انظر : المصدر نفسه لـ ١/٥٥ .

(٦) أي بعد الحكم ، فعليهما نصف الصداق لأنهما أتلفاه عليه .

(٧) انظر : المصدر نفسه لـ ٥٥/ب .

(٨) أي قول ابن القاسم وقول ابن المواز وابن حبيب وقد تقدمت قريباً .

نكاحها والثلاث محرمات ، فوجب عليه صداقٌ واحدٌ يُقسم على سائرهن ، ولو طلق الأربع قبل أن يختار لوجب عليه نصف صداقٍ يقسم على سائرهن ، وتتفق الأقوال أيضاً^(١) فتدبر ذلك^(٢) .

ابن حبيب : وكذلك المجوسي يسلم وعنده عشر نسوة لم يبن بهن فيختار أربعاً منهن ؛ أنه يعطي لكل من فارق نصف صداقها^(٣) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم^(٤) : ومن تزوج امرأة ورضيعتين في عقدٍ وسمى لكل واحدة صداقها ، أو في عقودٍ مفترقة ، فأرضعت الكبيرة إحداهما قبل بنائه بالكبيرة وهي في عصمته ، أو بعد أن فارقها حرمت الكبيرة للأبد ، لأنها من أمهات نسائه ، ولا تحرم عليه الصغيرة المرضعة ، لأنها من الربائب اللاتي لم يُدخَل بأمهاتهن ، وإن كان بعد بنائه بالكبيرة حرمت الكبيرة والصغيرة ، وللكبيرة الصداق بالميسر ، ولالصداق للصغيرة ، تعمّدت الكبيرة الفساد أو لم تتعمّده^(٥) .

ومن كتاب ابن المواز : ومن نكح امرأة فمَسَّها أو تلذَّذَ منها ، ثم فارقها فبعد عشرين سنةً تزوج رضيعاً فأرضعتها تلك المرأة التي كانت له زوجةً حرّمت الرضيعة عليه ، ولو أُرْضِعَ زوجته الرضيعة نساء أهل الأرض حرّمنَ عليه ، لأنهن يصِرْنَ أمهات نسائه ، والرضيع إذا زوجه أبوه أو وصيُّه امرأةً ثم بارأ عنه زوجته فتزوجت رجلاً فأولدها ثم أرضعت الصبي الذي كان زوجها وهو في الحولين حرّمت على زوجها ، لأنها من حلائل أبنائه ، إذ صار هذا الصبي ابناً له من الرضاة ، وكذلك في العتية عن ابن القاسم^(٦) .

(١) أي في هذه المسألة .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل ٥٥٥/ب .

(٣) النوادر والزيادات ل ٣٥٨/ب .

(٤) "قال ابن القاسم" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ٤١٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٧ .

(٦) العتية مع البيان والتحصيل ١٥٧/٥ ، النوادر والزيادات ل ٣٥٨/أ .

ومن المدونة : ومن تزوج صبيّةً فأرضعتها أمه ، أو أخته ، أو جدته ، أو ابنته^(١) ، أو ابنة ابنته ، أو امرأة أخيه ، أو ابنة أخيه ، أو ابنة أخته وقعت الحرمة بذلك ، وفرق بينهما ، ولا صداق للصبيّة على الزوج ولا على التي أرضعتها ، وإن تهّدت ذلك ، ولكن تُؤدّب / المتعمدة .

[١٠٩/٢]

قال مالك : وكل ما فسد من نكاح من حرّم بالرضاع بعد البناء فلها المسمى ولا يلتفت إلى صداق مثلها^(٢) .

(١) "أو ابنته" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤١٤، ٤١٥ ، تهذيب المدونة ص ٩٧ .

[الباب الخامس]

جامع القول في الطَّوْورَة^(١)

ومن كتاب ابن حبيب : روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن استرضاع الفاجرة^(٢) ، وأنه عليه الصلاة والسلام قال : " اتقوا إرضاع الحمقى فإنه يُعَلِّي^(٣) " .

قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : إن اللبن يَنزَع لمن يُسْتَرَضَع ؛ فَلْيُسْتَحْسَن^(٤) ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح استرضاع النصرانية^(٥) .

(١) الطَّوْورَة : هي المرضعة لغير ولدها ، وهي مأخوذة من أَضَارَت الناقة على ولدها إذا عَطَفَتْ عليه .

انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٨٣ ، معجم لغة الفقهاء ص ٢٩٥ .

(٢) لم أعثر عليه مرفوعاً ، وعثرت على معناه عن مجاهد قال : كان يكره أن ترضع امرأة ببن الفجور .

أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب نكاح ، باب ما قالوا في الرضاع بلبن اليهودية والنصرانية والفاجرة ٤/٤٦ رقم (١٧٦٢٢) .

(٣) أخرجه البيهقي بلفظ "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تسترضع الحمقاء فإن اللبن يشبه" . كتاب الرضاع ، باب ما ورد في اللبن يشبه عليه ٧/٧٦٥ رقم (١٥٦٨٢) .

وهذا الحديث قد ضعفه البيهقي فقال : هذا مرسل ، لأن راويه زياد السهمي وهو من ثلثة ، وقال عنه ابن حجر أيضاً : مجهول ، وقد أرسل حديثاً .

التقريب ١/٣٢٤ رقم (٢١١٢) . قلت : ولعل مراده هذا الحديث .

وأخرج الهيثمي معناه عند الطبراني في الصغير والبخاري ثم قال : وإسنادهما ضعيف . انظر : مجمع الزوائد ، كتاب النكاح ، باب في الرضاع ٤/٢٦٢ .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور بلفظ : إن اللبن يشبه عليه ، أي أنه يورث في الرضيع شبه المرضعة . كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الشؤم ٢/١١٦ رقم (٢٢٩٩) .

(٥) لم أعثر عليه مرفوعاً ، ومن أباح ذلك الحسن البصري وإبراهيم التيمي ، أخرجه سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الشؤم ٢/١١٦ رقم (٢٢٩٧-٢٢٩٨) .

وقال مالك : لا بأس باسترضاعها إن أُمِنْتَ ما تغذي به الولد من حمٍ وخنزيرٍ ، وقد يكون في النصرانية طباعٌ حسنةٌ من عفافٍ وسخاءٍ ومحاسن أخلاق ، فليس الطباع في الدين وهي في الغرائز^(١) .

ومن المدونة : وكره مالك اتخاذ الظويرة من اليهود والنصارى والمجوس من غير أن يرى ذلك حراماً وقال : إنما غذاء الصبي مما يأكلن ، وهن يأكلن الخنزير ويشربن الخمر ، ولا آمنها أن تذهب بالصبي إلى بيتها فتطعمه ذلك ، وكره استرضاع الفاجرة ولم يُحرّمه^(٢) .

(١) النوادر والزيادات ل ٢/٣٦٠ .

(٢) انظر : المسونة ٢/٤١٥، ٤١٦ ، تهذيب المدونة ص ٩٧ .

[الباب السادس] في رضاع الولد وأجر الرضاع في الطلاق وغيره

[فصل ١ — في إرضاع غير المطلقات أولادهن]

قال الله تبارك وتعالى : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾^(١) .
وقال تعالى في المطلقات : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ...﴾ إلى
قوله تعالى : ﴿فَسَرِّضْ لَهُ أُخْرَى﴾^(٢) ، فدلَّ بذلك أن ذوات الأزواج يلزمهن
رضاع أولادهن دون المطلقات ، لأن العرف جارٍ في أغلب أحوال الناس أن المرأة
تلي رضاع ولدها من غير تكليف الزوج أجرة ، والعرف كالشرط^(٣) .
قال مالك : فتُجبر ذات الزوج على رضاع ولدها بلا أجرٍ إلا أن تكون ممن
لا تُرضع لشرفها فذلك على الزوج^(٤) ^(٥) .
قال الشيخ : لأن العرف أن ذوات القدر والشرف لا يكلفن رضاع أولادهن
وأن ذلك على الزوج ، والعرف كالشرط .
قال مالك : وإن مات الأب وللصبي مالٌ فلها ألا ترضعه ، وتستأجر له من
يرضعه^(٦) من ماله إلا ألا يقبل غيرها فتُجبر على أن ترضعه بأجرها من ماله^(٧) .

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

قال القاضي عبد الوهاب عن هذه الآية : وهذا وإن كانت صيغته التحريم فالمراد به الأمر .
المعونة ٩٣٥/٢ .

(٢) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٩٣٥/٢ .

(٤) "الزوج" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٤١٦/٢ .

(٦) في ز "وترضعه" .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٤١٦/٢ ، ٤١٧ .

قال مالك : وإن لم يكن للصبي مالٌ لزمها رضاعه - يريد : وإن كان يقبل غيرها - بخلاف النفقة التي لا يقضى بها عليها ، ولكن يستحب لها أن تنفق عليه إن لم يكن له مال^(١) .

وقال عبد الوهاب : إذا لم يكن للصبي مالٌ لم يلزمها رضاعه وهو من فقهاء المسلمين إلا ألا يقبل غيرها فتجبر حيثئذٍ على رضاعه ، كان له مالٌ أو لم يكن ، لأن في ترك رضاعه حيثئذٍ إتلافه ، وقد قال الله تعالى : ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا﴾^(٢) .

قال الشيخ : وكذلك نقول ، إن لم يقبل غيرها وليس له مالٌ أنه يلزمها رضاعه ، لأن جعله من فقهاء المسلمين إضراراً به ، وقد لا يتكفل^(٤) به أحد ، فيكون في ذلك إتلافه ، وقد قال الله عز وجل : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾^(٥) ، وقد قال مالك في غير المدونة : وإذا لم يكن لليتيم مالٌ وليس للأم لبن ، أو لها لبنٌ لا يكفيه لرضاعه ، فعليها رضاعه ، بخلاف النفقة^(٦) .
ابن المواز : لقول الله عز وجل : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ .

قال الشيخ : قال ابن الكاتب : واستدل سحنون أن على الأم رضاعه / إذا [١٠٩] / لم يكن له مالٌ ولا أبٌ لقول النبي صلى الله عليه وسلم للتي اعترفت بالزنا : "أذهبي فأرضعيه..."^(٧) ، قال : فأعثر عنها النبي صلى الله عليه وسلم الحد لرضاع ولدها

(١) انظر : المصدر نفسه ٤١٦/٢ ، ٤١٧ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٣) انظر : المعونة ٩٣٦/٢ .

(٤) في ز "لا يتكلف" ، وهو تحريف .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٦٠/أ .

(٧) أخرجه مسلم ، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنا ١٣٢٣/٣ رقم (١٦٩٥) ،

ومالك ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في الرجم ٦٢٧/٢ .

وأمره لها على الوجوب عليها ، إذ لا يؤخر حدٌ وجب لأمرٍ يتطوّر به^(١) .
وقال إسماعيل القاضي : إنما وجب على الأم رضاعه لقول الله عز وجل : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾^(٢) ، ولا يسقط ذلك عنها ما كان يجب لها على الزوج من النفقة والكسوة لقوله عز وجل : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣) ، لأن الأب مات عديماً ، أو أعدم وهو حي ، ورضاعها قائمٌ في تديبها ، فإن انقطع دَرُّها بمرضٍ أو غيره لم يكن عليها سبيل ، فإن خيف عليه الموت لعدم الرضاع ، وجب عليها أن تستأجر من مالها من يرضعه ، وذلك من باب الإعانة ، لأن من خاف على جائعٍ أو عاطشٍ الموت وجب عليه أن يطعمه ويسقيه إن أمكنه ذلك ، وكذلك كل مضطرٍّ فإن إعانته واجبة^(٤) .

[فصل ٢ — في إرضاع المطلقات أولادهن]

ومن المدونة : قال : والرضاع عليها إن طلقت طلاقاً^(٥) فيه رجعةٌ إذا كانت ممن يرضع مثلها ما لم تنقض العدة ، فإذا انقضت ، أو كان الطلاق بائناً ولم تنقض العدة فعلى الأب أجر الرضاع .

قلت : فإن قالت بعدما طلقها ألبتة : لا أرضعه إلا بمئة درهمٍ كل شهر ، وأصاب الزوج من يرضعه بخمسين؟

قال : قال مالك : الأم أحق به بما^(٦) يرضع به غيرها ، وليس للأب أن يفرق بينه وبينها ، فإن أبت أن ترضعه بذلك فلاحقٌ لها إلا أن يكون الولد لا يقبل غيرها وخيف عليه الموت فإنها تجبر على رضاعه بأجر مثلها^(٧) .

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٦/ب .

(٢)، (٣) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل ٥٦/ب .

(٥) "طلاقاً" ليست في أ .

(٦) في أ زيادة "لم" .

(٧) انظر : المتنونة ٢/٤١٧، ٤١٨ ، تهذيب المتنونة ص ٩٧ .

قال الشيخ : وقوله : إذا وجد الأب من يرضعه بخمسين وقالت الأم : لأرضعه إلا بمئة ، فقال مالك : الأم أحق به بما يرضعه به غيرها - يريد : بأجر مثلها لخمسين ، وقاله بعض القرويين ، وإليه رجع ابن الكاتب ، وهو الصواب ، وسواء وجد من يرضعه غير الأم أم لا ، لأنها وإن كانت عند الأم فهي التي تباشره بالرضاع والمبيت وذلك تفرقة بينه وبين أمه ، فذلك كانت الأم أحق به بأجر مثلها وهذا بين^(١) .

قال مالك : ولو كان الأب معدماً لا يجد شيئاً وقد طلقها ثلاثاً فوجد من قرابته من يرضعه باطلاً^(٢) فله ذلك ، ويقال للأم : إما أن ترضعيه باطلاً^(٣) وإلا فأسلميه ، وكذلك إن كان الأب ليس بالواحد لا يقوى إلا على دون الأجر وأصاب من يرضعه بدون ذلك فللأم^(٤) أن ترضعه بما وجد أو تسلمه إن قبل غيرها وإن كان الأب موسراً ووجد من يرضعه باطلاً فليس له ذلك ، وللأم أن ترضعه بمثل ما يرضعه به غيرها^(٥) .

قال ابن المواز : وكذلك إن وجد المني من يرضعه بدون الأجر فللأم أخذه بجميع الأجر ، وهذا الذي اختاره من قول مالك ، وروي عنه : أنها لا تأخذه إلا بما وجد ، والأول أحسن ، وقد قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾^(٦) .

(٧) تم كتاب الرضاع بحمد الله وحسن عونه
وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً .

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٦/ب .

(٢) أي بغير أجر .

(٣) "باطلاً" ليست في ز .

(٤) في ز "فلا بأس" .

(٥) انظر : الملونة ٤١٨/٢ ، تهذيب المدرنة ص ٩٨، ٩٧ .

(٦) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٧) "تم... الخ" ليس في ز .

[الكتاب الخامس] كتاب إرخاء الستور^(١)

[الباب الأول] في تداعي المسيس بعد إرخاء الستور

[فصل ١ — في تصديق المرأة في المسيس والمراد بإرخاء الستور]

ولما ارتفع أن توجد بينة بعد إرخاء الستر صدقت عليه في الوطاء كما صدق المعترض في دعوى الوطاء مع مانصر الله عز وجل من تصديقهن على أمور الأرحام وقطع ما أوجب من الرجعة للأزواج بقولهن ، لقول الله سبحانه : ﴿وَلَا يَحِلُّ لهنَّ أَنْ يَكُنَّ مَخَلَقَ اللَّهِ فِي أَزْوَاجِهِنَّ﴾^(٢) ، واحتج في ذلك زيد بن ثابت أنها تصدق في حمل إن ظهر بها^(٣) ،

(١) قال ابن رشد : إرخاء الستور كناية عن تخليّة الرجل مع امرأته وخلوته بها وإن لم يكن ثم غلق باب ولا إرخاء ستر ، وأصل هذا الباب قول الله عز وجل : ﴿وَأَنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ قَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا قَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ الزَّكَاحِ﴾ سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

المقدمات الممهدات ٥٣٧/١ .

وقد ذكر المؤلف هذا المعنى من قول ابن أبي زمنين ، وسيأتي قريباً .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٣) وذلك في قضية رفعت إليه ، فعن أبي الزناد عن أبيه قال : أخبرني سليمان بن يسار ، أن الحارث بن الحكم تزوج امرأة عربية فدخل عليها فإذا هي حاضرة فكرهها فلم يكشفها كما يقول ، واستحب أن يخرج مكانه فقال عندها ، ثم خرج فطلقها وقال : لها نصف الصداق لم أكشفها ، وهي ترد ذلك عليه ، فرفع ذلك إلى مروان بن الحكم فأرسل إلى زيد بن ثابت فسأله ، فقال زيد : لها الصداق كاملاً ، قال مروان : إنه ممن لا يؤثمهم ، قال زيد : رأيت يامروان لو كانت حُبلى أكنت مقيماً عليها الحد؟ قال : لا . انظر : المدونة ٣٢٣/٢ .

وأخرجها البيهقي ، كتاب الصداق ، باب من قال : من أغلق باباً أو أرخى سترًا فقد وجب الصداق ٤١٧/٧ رقم (١٤٤٨٦) .

وقضى به عمر بن الخطاب^(١) ، وقاله علي بن أبي طالب^(٢) وزيد بن ثابت^(٣) وغيرهم من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم^(٤) .

قال ابن أبي زَمَيْنٍ : المراد بذكر إرخاء الستور خلوة الرجل بأهله والتخلية بينه وبينها ، ولم يُرد به إرخاء السر ولا غلق باب^(٥) .

وسواء في هذا الأصل كانت المرأة صغيرة أو كبيرة ، بكرًا أو ثيبًا ، يتيمة أو ذات أب ، ممن يُؤلى عليها أو لا يُؤلى عليها ، حرة أو أمة ، مسلمة أو نصرانية ، فالقول في ذلك قولها ، لها^(٦) وعليها وإن لم تبلغ الصغيرة المحيض إذا بلغت الوطاء ، ولا كلام للأب في ذلك ولالوصي ، لأن هذا مما لا يعرف صدقه ولا كذبه إلا بقولهن فهن فيه مأمونات مقبول قولهن كما هُنَّ مأمونات على الحيض والعدة والسقط والولادة ، فقد جعل الله ذلك إلهين في قوله تعالى : ﴿وَلَا يَحِلُّ لهنَّ أَنْ يُكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾^(٧) كذلك قال عبد الملك^(٨) في جميع هذا^(٩) .

وذكر عن سحنون أنه قال : إن كانت بكرًا أو أمة فلا قول لها : إن الزوج لم يطاء^(١٠) ، بل يكون لها صداقها كاملاً إلا^(١١) أن يكون والد البكر يحيز تصديقها

(١) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب إرخاء الستور ٤١٨/٢ رقم (١٢) .

(٢) أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب من قال من أغلق باباً وأرعى سراً فقد وجب الصداق ٤١٧/٧ رقم (١٤٤٨٣) .

(٣) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب إرخاء الستور ٤١٨/٢ رقم (١٣) .

(٤) كأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وربيعة وابن شهاب .

انظر : المدونة ٣٢٣/٢ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٨/أ .

(٦) "لها" ليست في أ .

(٧) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٨) في أ "عبد الوهاب" ، وهو خطأ ، والمراد بعبد الملك هنا ابن حبيب .

(٩)، (١٠) انظر : النكت والفروق ل ٧٢/ب .

(١١) "إلا" ليست في أ ، ب .

- يريد : وكذلك سيد الأمة إذا أجاز تصديقها - ولا يكون ذلك لولي أو وصي في البكر ، ولا يحلف الولي في هذا ، بخلاف الاختلاف في اصداق ، لأن الوطاء لا يعلم إلا من جهتها ، وأما في الصداق فالولي هو الذي عقد النكاح ، فيحلف ولي البكر في ذلك على ما عقد به النكاح من الصداق ^(١) الذي يذكره ^(٢) .

[فصل ٢ — في ماتستحقه المرأة إن طلقت بعد الدخول وقبل المسيس]

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج امرأة ودخل بها وأرخى الستر عليها ثم طلقها واحدة فقال : لم أمسها ، وصدقته ، فلها نصف الصداق وعليها العدة ولا رجعة له ^(٣) .

قال الشيخ : وإنما لم يكن لها إلا نصف الصداق لقوله تعالى : ﴿وَأِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ ^(٤) ، وإنما كان عليها العدة لأنها حق لله فلا يسقطه إقرارهما ، وإنما لم تكن له رجعة لأنه أقر أنه لم يمسه وأنه لاعدة عليها عنده ، والرجعة إنما تكون فيمن تعدد منه لقوله تعالى ﴿وَبِعَوَّلْتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ ^(٥) يعني العدة ، فلما لم تكن عليها عدة عنده لم تكن له عليها رجعة .

ومن المدونة : قال مالك : وكذلك إن تصادقا أنه قبَّل أو باشر أو جرَّد أو وطئ دون الفرج فإنما لها نصف الصداق إلا أن يطول مكثه معها يتلذذ بها . قال مالك : فيكون لها عليه ^(٦) الصداق كاملاً .

(١) في زيادة "أو" .

(٢) تهذيب الطالب ل ٤٨ / ١ .

(٣) انظر : المدونة ٣٢٠ / ٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٨ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٦) "عليه" ليست في ز .

وقال ناسٌ : لها نصفه .

قال مالك : وكذلك الذي لا يقدر على امرأته ؛ فيضرب له أجل سنة ، أن عليه الصداق كاملاً إذا فرق بينهما .
وقال ناس : لها نصفه ^(١) .

قال الشيخ : فوجه قول مالك : فلأنه لما طالت إقامته معها وتلذذ بها ، فأشبهه الوطء في الفرج ، ووجه القول الآخر : فلأنهما متقارران على نفسي المسيس وقد قال تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ... ﴾ ^(٢) .

[فصل ٣ — في دعوى الجماع]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا قال الزوج بعد أن دخل بها وأرغى السِّر عليها ^(٣) : لم أجامعها ، وقالت المرأة ^(٤) : قد جامعني ، صدقت عليه ، كان الدخول عنده أو عندها إذا كان دخول اهتداء ^(٥) ، وعليه المهر كاملاً ^(٦) .
قال ابن المواز : وعلى المرأة اليمين في ذلك ، فإن نكلت حلف الزوج ، ولم يلزمه لها إلا نصف الصداق ، وإنما جعل السِّر كالشاهد ، وكذلك في كتاب ابن الحكم ^(٧) .

(١) انظر : المدونة ٢/٣٢٠ ، تهذيب المدونة ص ٩٨ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٣) "عليها" ليست في ز .

(٤) "المرأة" ليست في ز .

(٥) أي دخول ابتداء . انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٩١ ، وسيأتي قريباً ذكر ذلك من المدونة .

(٦) انظر ١/٣٢٠، ٣٢١ ، تهذيب المدونة ص ٩٨ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٨٨/١ .

[فصل ٤ — فيمن تعلقت برجل وهي تُدَمَّى]

وقال مالك في التي تعلقت برجل وهي تُدَمَّى : إن لها الصداق بغير يمين ، وقال في الواضحة : عليها اليمين^(١) .

قال الشيخ : فوجه اليمين عليها : لأنها قد بلغت من فضيحة نفسها ، وأنت بشاهد الافتضاخ - وهو الدم - فقام ذلك مقام الشاهدين / فوجب تصديقها [١١٠] بـ عليه بغير يمين .

وجه إيجاب اليمين^(٢) : أن تعلّقها به ، وظهور الدم عليها يقوم لها مقام الشاهد كإرخاء الستر على الزوجة ، وتسليمها للزوج ، فلا يكون أحسن حالاً من الزوجة ، إذ قد يحتمل في هذه أن يكون غيره فعّله بها ثم قرّعتها فتعلّقت بهذا ، أو تكون كانت رضىت به فلما افتضاها تعلّقت به فلا بد أن يكون عليها اليمين . قال الشيخ : وهذا عندي أعدل .

[فصل ٥ — في تداعي الزوجين في المسيس]

ومن المدونة : قال مالك : وإن خلا بها في بيت أهلها غير دخول البناء فطلقها وقال : لم أطأ ، وقالت المرأة : قد مسّني ، صدق الزوج^(٣) إلا أن يكون دخوله عليها دخول اعتداء ، والاعتداء هو البناء^(٤) .

قال مالك : وكان ابن المسيب يقول : إذا دخل الرجل بامرأته في بيتها صدّق عليها ، وإذا دخلت عليه في بيته صدّقت عليه .

(١) انظر : المصدر نفسه ل٤٨/٢ .

(٢) في "الدم" .

(٣) في إنكار الوطء ولها نصف الصداق .

(٤) انظر : المدونة ٣٢١/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٨ .

قال مالك : وذلك في المسيس^(١) .

قال ابن المواز : وكان مالكٌ مرّةً يأخذ بقول ابن المسيب أنه إذا خلا بها في بيتها لم تصدّق عليه إلا بدخول الاهتداء ، وبه أخذ ابن القاسم . وروى ابن وهب عن مالكٍ أيضاً أنه قال : حيث مأخذهما القلق وإن كانت زيارةً فالقول قول المرأة وبه أخذ ابن وهب وأشهب وأصبغ ، وهو أشبه بحديث عمر^(٢) رضي الله عنه^(٣) (٤) قال عبد الوهاب : وقيل : إن كانت ثيباً فالقول قولها ، وإن كانت بكرّاً نظر إليها النساء ، فإن رأين افتضاضاً صدّقت عليه وإن لم يرين افتضاضاً لم يكن لها إلا نصف الصداق .

فوجه الأولى^(٥) : أن النزاع في التداعي يرجع إلى العرف ، والعرف جارٍ بأن الرجل ينتقبض في غير بيته إذا كان زائراً ، غير مطمئن ، ولا ينشط ، ويستحي من إطلاع أهلها ، فكان القول قوله في أنه لم يطقاً لشهادة العرف ، وإذا خلا بها في بيته كان القول قولها ، لأن العرف يصير معها ، لأن الإنسان ينشط في بيته ولا ينتقبض ، والعادة إقدامه على الوطء ، ولا يتوقّف عنه ، فلذلك صدّقت عليه .

(١) المدونة ٣٢٤/٢ .

(٢) في جميع النسخ ابن عمر ، والتصحيح من النوادر .

(٣) لعل مراده قضاء عمر في أنه إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق وقد سبق تخريجه من الموطأ انظر ص ٤٣٩ .

وأخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب من قال من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق ٤١٦/٧ رقم (١٤٤٧٩) ، وقال البيهقي : قال الشافعي : وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ما ذنبهن إن جاء العجز من قبلكم ، وذلك يدل على أنه يقضي بالمهر وإن لم تدع المسيس ٤١٧/٧ .

(٤) سواءً جمعتهما الخلوة بإغلاق باب أو إرخاء ستراً أو غيره إلا أنها خلوة بينة وإنما يجب لها بذلك الصداق . انظر : النوادر والزيادات ل ٢/٤٥٥ .

(٥) وهي أنه إن كان في منزلها فالقول قوله ما لم يكن دخول بناء ، وإن كان في منزله فالقول قولها مع يمينها .

ووجه الثانية^(١) : أنها فعلت التسليم والتمكين من الاستمتاع وليست بمنسوبة إلى تفريط بترك التوثق بالإشهاد ، إذ لا يمكنها ذلك ، فلو لم تصدق عليه لأدّى ذلك ألاّ يثبت على أحدٍ صدقٌ بوطءٍ إلا باعترافه ، وفي ذلك إضاعة المهور وأعواض الاستمتاع .

ووجه الثالثة^(٢) : أنه إذا وجدنا طريقاً إلى اليقين^(٣) كان أولى من الظن ، وذلك ممكنٌ في البكر علي ما ذكرنا من اختبارها بنظر النساء إليها ، وجاز ذلك للضرورة كالعيوب ، ولما لم يمكن ذلك في الشيب رُجع إلى قولها ، وكل من حُكم بقوله فلا بد من يمينه ، وهذا الاختلاف إنما هو في تكميل الصداق ، فأما العدة فإنها تجب ولا تسقط ، لأنها حقٌ لله تعالى فلا يقبل قولها في إسقاطها^(٤) .

ومن المدونة : قال ربيعة : السر بينهما شاهدٌ على ما يدعيان ، وله الرجعة إن قال : وطئتها^(٥) .

قال ابن المواز : الموضع الذي يقبل فيه^(٦) قولها في إيجاب الصداق يقبل قوله في إيجاب العدة عليها ، وله الرجعة ، وفي دعواه دفع الصداق إليها^(٧) .

قال الشيخ : ويان كلام محمد : أن الرجل إذا خلا بها في بيته أو كانت خلوة بناءً في بيت أحدهما في رواية ابن القاسم ، أو كانت خلوةً في بيت أحدهما في رواية ابن وهب ، أن القول قول الزوجة في أنه وطئها ، وأن لها الصداق كاملاً ، وأنها إن أنكرت الوطء في هذه المواضع وادعاه الزوج كان عليها العدة ، وكان له الرجعة فيها ، ويصدق في دفع الصداق إليها ، وإنما تكون له الرجعة إذا ادعى وطأً صحيحاً .

(١) وهي أن القول قولها مطلقاً .

(٢) وهي ما ذكره القاضي عبد الوهاب من التفصيل إن كانت ثيباً أو بكرًا .

(٣) في أ ، ب "إلى طريق اليقين سبيلاً" .

(٤) انظر : المعونة ٢/٨٦٥، ٨٦٦ .

(٥) انظر : المدونة ٢/٣٢٣ .

(٦) "فيه" ليست في ز .

(٧) تهذيب الطالب لـ ٤٨/١ .

قال ابن القاسم في العتبية : إن دخل بها ووطئها وهي حائض ، ثم طلقها بعد طهرها فلا رجعة له ، لأن ذلك ليس بوطء^(١) - يريد : وفيه الصداق والعدة .

قال الشيخ : أما الصداق فوجب لانتهاكه البضع ، وأما العدة / فيلحق الولد فيه ، وأما الرجعة فلا تجب له ، لأن الله تعالى نهى عن وطء الحائض^(٢) فلا يكون مانعاً عنه يحل ما أمر به ، كما قالوا في الإحصان والإحلال^(٣) ، ويحتمل على قول عبد الملك الذي يحل به المطلقة^(٤) أن يجعل له به الرجعة .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن دخل بها في بيت أهلها غير دخول البناء فطلقها وأنكر الوطء ، وادعته هي فجعلت القول قوله فعلى المرأة العدة إن كان قد خلا بها وليس معها أحد .

قلت : فإن دخل بها في بيت أهلها غير دخول البناء فأقر بالوطء ، وقالت المرأة : ما جامعي؟ قال : إن كان خلا بها وأمكن منها ، ولم تكن خلوة بناء فعليها العدة ولا رجعة له ويلزمه الصداق كاملاً ، فإن شاءت أخذته به^(٥) كله أو نصفه^(٦) . وقال سحنون في العتبية : لا تأخذه أبداً حتى تصدق الزوج ، فإن صدقته أخذته كله وإلا فليس لها إلا نصفه^(٧) .

(١) أي ليس بوطء جائز .

انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤/٤٧٧ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿رَبِّسْتَلُونَكَ عَنِ الْخَيْضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْخَيْضِ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٢ .

(٣) انظر ص ٣٥٩ .

(٤) انظر ص ٣٦٠ .

(٥) "به" ليست في ز .

(٦) انظر : المدونة ٢/٣٢١ .

(٧) انظر : النكت والفروق ل ١/٧٣ .

قال الشيخ : وليس هذا بخلاف لابن القاسم^(١) ، وقاله بعض فقهاءنا ، قال : ويدل على ذلك قولهم في الذي طلق قبل أن يُعلم له بزوجه خلوة ، فادعى الوطاء ، وأراد^(٢) ارتجاعها ، قال : لارجعة له وعلى المرأة العدة إن صدقته ولها السكنى والنفقة ، وإن لم تصدقه فلاعدة عليها ولاكسوة لها ولانفقة^(٣) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك إن خلا بها في بيت أهلها وليس معها أحدٌ فأنكرا الوطاء جميعاً فلايد من العدة في الخلوة ، ولها نصف الصداق ، ولو كان معها نساء حتى قبل وانصرف بمحضرها فلاعدة عليها ، ولها نصف الصداق وإن أقر بالوطاء بعد أن طلق ولايُعلم له بها خلوة وكذبته فلاعدة عليها ، ولها أخذه بالصداق كاملاً أو بنصفه .

قال مالك : وكذلك إن خلا بها ومعها نسوة ، ثم طلقها فادعى الوطاء وأكذبت ، صدقت ولاعدة عليها^(٤) .

قال بعض أصحابنا : وامرأة في ذلك وأكثر سواء ، لأن الخلوة لم تثبت فلاعدة عليها^(٥) .

قلت^(٦) : فإن تزوجها وهي صائمة في رمضان ، أو صيام تطوع ، أو نذر ، أو كفارة فيبني بها نهاراً في صومها ذلك ، ثم طلقها من يومه ، أو خلا بها وهي محرمة ، أو حائضٌ فطلقها قبل انقضاء إحرامها ، أو قبل غُسلها من حيضتها فادعت هي في ذلك كله أنه وطئها وأنكر الزوج . قال : قال مالك : هي مصدقة ولها^(٧) الصداق إذا أرخيت الستور عليهما وإن كانت حائضاً^(٨) .

(١) أي في قوله : فإن شاعت أخلته كله أو نصفه .

(٢) في أ ، ب زيادة "إن" .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٧٣/١ .

(٤) انظر : المدونة ٣٢١/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٨ .

(٥) انظر : النكت والفروق ل ٤٨/ب .

(٦) القائل هو سحنون .

(٧) في أ ، ب "ولاصداق" .

(٨) انظر : المدونة ٣٢١/٢ ، ٣٢٢ .

قال ابن القاسم : فكل من خلا بامرأة لا ينبغي له أن يجامعها في تلك الحال^(١) فادعت أنه قد مسها صدقت إذا كانت خلوة بناء ، لأنه قد خلا بها وأمكن منها ، وكذلك قال مالك في المغصوبة يحتملها رجل فيدخلها بيتاً بمعاينة بينة ، ثم تخرج فتقول : وطئني غصباً ، وهو ينكر ، فلها الصداق^(٢) ولاحد عليه^(٣) .

قال^(٤) في كتاب ابن المواز : مع يمينها ، وعليه الأدب الوجيع^(٥) .

قال الشيخ : وحكي لنا عن الشيخ أبي الحسن القابسي فيمن نكح بغير شارد ، أو بشرق لم يبد صلاحها فبنى بها وقالت : وطئني ، وقال : موطنها ، فلها صداق المثل بإرخاء السر عيها ، ويفسخ النكاح ، لأنه مقر أنه ماوطنها ، فقد أقر أن النكاح باقٍ على الفسخ .

ولو قال : وطئتها ، وأكذبت صدق وبقي على الزوجية^(٦) .

قال بعض فقهاءنا : وإنما صدقت المرأة أن الزوج وطئها وإن كانت حائضاً أو صائماً ونحو ذلك ، وإن كانت هي تدعي الحرام ، لأن السر لها كالشاهد ، فذلك مثل مالو قام شاهد المدعي الحرام في البيع أن المدعي يحلف مع شاهده وكذلك قال أبو عمران : لو ظهر أنها أخته من الرضاع أو النسب فادعت أنه وطئها عالماً بها لصدقت عليه ، ووجب لها الصداق^(٧) .

قال مالك في المدونة : ومن تزوج امرأة فدخل بها ، ثم طلقها واحدة قال :

ماجامعتها ، وقالت : قد جامعني ، / صدقت ولها الصداق وعليها العدة ولا يملك [١١١] ب / الرجعة ولا يحلها ذلك لزوج كان طلقها البتة إلا باجتماع منهما على الوطاء^(٨) .

(١) مثل أن تكون صائمة أو محرمة أو حائضاً .

(٢) في أ ، ب "فلا صداق" .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٣٢٢/٢ .

(٤) أي ابن القاسم .

(٥) أي إن أنكر الشهود ، ولاحد على المرأة ولاعلى الشاهدين .

انظر : النوازل والزيادات لـ ٢٤٦/ب .

(٦) انظر : تهذيب الطالب لـ ٤٨/أ .

(٧) انظر : المصدر نفسه لـ ٤٨/ب .

(٨) انظر : المدونة ٣٢٢/٢ ، ٣٢٣ ، تهذيب المدونة ص ٩٨ .

قال ابن القاسم : وقد استحسن مالكُ هذا القول ، ولا يحملُه القياس ، وأنا أرى أن تُدَيَّنَ ويَحْلَى بينها وبين نكاحها ، وأخاف أن يكون هذا من الذي طلقها ضرراً منه بها في نكاحها .

ولو مات الزوج بعد البناء بيومٍ من غير مناكحة ومثله يطاء ، فادعت الوطاء كان أيين في إحلالها بذلك^(١) . والله أعلم .

(١) أي لمن طلقها ألبتة . انظر : المدونة ٢/٣٢٢ ، ٣٢٣ ، تهذيب المدونة ص ٩٨ .

[الباب الثاني]

جامع ما جاء في الرجعة^(١)ودعوى انقضاء العدة وما يعل من المطلقة^(٢)

[فصل ١ — في ما جاء في الرجعة]

قال الله تعالى : ﴿لَا تَذَرْنِي لَعَلَّ اللَّهَ يُخْدِتْ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾^(٣) ، وهو الرجعة ، فزجر الله عن إيقاع الثلاث لئلا يتدم فلا يكون له سبيل إلى الارتجاع . ولا تكون الرجعة إلا في المدخول بها فيما دون الثلاث لقوله تعالى : ﴿وَبَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾^(٤) يعني في العدة ، ولأعدة في غير المدخول بها ، وقوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(٥) ، وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : "مرّةٌ فليراجعها" ، قال : فقلت : أرايت لو طلقها ثلاثاً؟ قال : "إذن عصي ربّه وبانت منه زوجته"^(٦) . وقال تعالى : ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ يريد : قاربن بلوغ أجلهن ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾^(٧) .

(١) الرَّجْعَةُ لغةً : اسمٌ مشتقٌ من ارتجع المرأة ورأجعتها ورأجأها : أي رجّعها إلى نفسه بعد الطلاق ، يقال : صلق فلانٌ فلانةً طلاقاً يملك فيه الرجعة . انظر : اللسان ، مادة (رَجَعَ) .
وشرعاً : هي رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها . شرح حدود ابن عرفة ٢٨٧/١ .

(٢) "وما يعل من المطلقة" ليست في أ ، ب .

(٣) سورة الطلاق : آية ١ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٦) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب قول الله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ﴾

١٦٣/٦ ، ومسلم ، كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ١٠٩٣/٢ ،

ومالك ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق ٤٥١/٢ .

(٧) سورة الطلاق : آية ٢ .

وجعلهن تعالى مؤتمنات على انقضاء العدة بقوله : ﴿وَلَا يَجِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾^(١) ، والزوج ممنوعٌ منها حتى يرتجع بدليل القرآن^(٢) ، ولها النفقة والسكنى ، ويتوارثان ما لم تنقض العدة ، ولا ينبغي أن يتلذذ منها بنظرٍ أو غيره ، ولا يخلو معها .

ولمالك قول : أنه يدخل عليها ويأكل معها إذا كان معها من يتحفظ بها ، ثم قال : لا يفعل وإن كان معها حافظ^(٣) ، ولينتقل وقد انتقل ابن عمر^(٤) . قال عبد الوهاب : وهي محرمةٌ ما لم يراجعها خلافاً لأبي حنيفة^(٥) ، لأنها جاريةٌ إلى البينة ، أصله الكتابية إذا أسلمت بعد الدخول^(٦) .

ولا خلاف أن الرجعة تصح بالقول وتصح عندنا بالوطء والقُبلة والمباشرة إذا نوى به الرجعة^(٧) خلافاً للشافعي في أنها لا تكون إلا بالقول^(٨) ، لأن الوطء يقوم مقام القول ، أصله قول البائع إذا كان له الخيار : قد اخترت ردَّ هذه الأمة إلى

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَيَعُولُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

قال القاضي ابن العربي : قوله تعالى : ﴿وَيَعُولُنَّ﴾ يقتضي أنهن أزواج بعد الطلاق ، وقوله ﴿يَرُدُّنَّ﴾ يقتضي زوال الزوجية ، والجمع بينهما عسير ، إلا أن علماءنا قالوا : الرجعية محرمةٌ للوطء ، فيكون الرد عائداً إلى الحل . أحكام القرآن ١/١٨٧ .

(٣) انظر : النواذر والزيادات ل ٣٤٨/ب .

(٤) أي لما طلق زوجته في مسكن حفصة .

أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه ٤٥٣/٢ رقم (٦٥) .

(٥) انظر : مختصر القدوري مع شرحه للباب ٥٧/٣ ، تحفة الفقهاء ١٧٧/٢ .

(٦) المعونة ٨٦٠/٢ .

(٧) انظر : التفريع ٧٦/٢ ، الكافي ٦١٨، ٦١٧/٢ .

(٨) انظر : الأم ٣٥٢/٥ ، ٣٥٣ ، التنبيه ص ١٨٢ .

ملكي ، وهو لو وطئها قبل القول^(١) كان وطؤها اختياراً^(٢) .
 ومن المدونة : قلت : فمن طلق امرأته طلاقاً يملك فيها الرجعة^(٣) ، ثم قبَّلها
 في العدة ، أو لامس لشهوة أو جامع في الفرج ، أو فيما دون الفرج ، أو جرَّدها ،
 أو نظر إليها ، أو إلى فرجها أيكون ذلك رجعة؟
 قال : قال مالك : إن وطئها في العدة ينوي بذلك الرجعة وجهل أن يُشهد
 فهي رجعة ، وإن لم ينو ذلك فليست برجعة ، وقاله عبد العزيز بن أبي سلمة^(٤) ^(٥)
 قال الشيخ : لقوله صلى الله عليه وسلم : "إِنَّمَا^(٦) الأعمال بالنيات وإنما
 لكل^(٧) امرئ ما نوى"^(٨) ، فلم تصح الرجعة بالوطء إلا بنية .
 قال أشهب في مدونته : وكذلك إذا لمسها في عدتها ، أو قبَّلها ، أو باشرها
 أو نظر إلى^(٩) فرجها لشهوة ونوى بذلك كله الرجعة فهي رجعة وإلا فلا^(١٠) .
 قال مالك في المختصر : ولا يطؤها إلا بعد الاستبراء من وطئه إن وطئ ولم
 ينو به الرجعة^(١١) .

-
- (١) في ز "الوطء" .
 (٢) انظر : المعونة ٨٥٩/٢ .
 (٣) "يملك فيها الرجعة" ليست في ز .
 (٤) هو أبو عبد الله عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون المدني ، الفقيه ، الإمام ، المفتي
 الكبير ، حدث عن الزهري وطبقته ، قدم بغداد وأقام بها إلى أن توفي سنة ١٦٤ هـ .
 انظر : الطبقات ٤٨٥/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٣٤/٧ ، شذرات الذهب ٢٥٩/١ .
 (٥) انظر : المدونة ٣٢٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٨ .
 (٦) "إِنَّمَا" ليست في ز .
 (٧) "كل" ليست في ز .
 (٨) أخرجه البخاري ، باب كيف كان بدء الوحي ٢/١ ، ومسلم ، كتاب الإمارة ، باب قوله
 صلى الله عليه وسلم "إِنَّمَا الأعمال بالنية" وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال ١٥١٥/٣
 رقم (١٩٠٧) .
 (٩) "إلى" ليست في ز .
 (١٠) انظر : المشتى ١١٢/٤ .
 (١١) انظر : النوادر والزيادات ل ١/٣٣٦ .

وقال الليث : وطؤه رجعة وإن لم ينو به الرجعة^(١) .

قال الشيخ : فإن^(٢) قيل : لم يَكُنْ وطء المطلق رجعة وإن لم ينوها عند

ابن القاسم كما كان وطء مبتاع الأمة بخيار اختياراً وإن لم ينو؟

قيل : لأن البائع قد جعل له الخيار وأباح له الوطء به ، فإذا وطئ فقد قبل

ما جعل له وتم به ملكه ، ولأنه لو لم يَطْأ وتمادى على إمساكها حتى ذهب أيام

[١١٢/أ]

الخيار وانقطعت عُدَّة بذلك / مختاراً ، والزواج لم يجعل له شراء الرجعة فيطالبه بقبولها

ولأنه لو تمادى على إمساكها حتى انقضت مدة الرجعة لبانت منه ، بخلاف انقضاء

أيام الخيار فدل أن وطأه أضعف من وطء المختار ، وهذا بين^(٣) .

ومن المدونة^(٤) : ومن طلق فليشهد على طلاقه ورجعته كما قال الله عز

وجل^(٥) ، وكذلك فعل ابن عمر^(٦) ، وقاله ابن المسيب^(٧) وغيره^(٨) .

وقال مالك في امرأة طلقها زوجها ثم أرتجعها فمنعت نفسها حتى يشهد على

رجعتها : قد أصابت .

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٩ / ١ .

(٢) "فإن" ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٤٩ / ١ .

(٤) "ومن المدونة" ليست في ز .

(٥) يشير إلى قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ . سورة الطلاق : آية ٢ .

(٦) أي لما طلق صفية بنت أبي عبيد أشهد رجلين ، فلما أراد أن يرتجعها أشهد رجلين قبل أن يدخل عليها .

أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ما قالوا في الإشهاد على الرجعة إذا طلق ثم راجع ٦٠ / ٤ رقم (١٧٧٦٧) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة أيضاً ، كتاب الطلاق ، باب في الرجل يقول لامرأته : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ٦١ / ٤ رقم (١٧٧٨٠) .

(٨) كعمران بن حصين وربيعة . انظر : المدونة ٢ / ٣٢٥ ، ٣٢٦ .

قال مالك : ومن قال لامرأته : قد راجعتك ، ولم يُشهد فهي رجعة ، وليُشهد فيما يُستقبل ، فإن أُشهد قبل انقضاء العدة فهي رجعة ، وإن أُشهد بعد انقضائها فليست برجعة وإن صدقته إلا أن يُعلم أنه كان يخلو بها ويبيت معها فيقبل قوله ، كذبه أم صدقته^(١) .

قال عبد الوهاب : لأن الإشهاد عندنا استحبابٌ وليس بشرط^(٢) خلافاً للشافعي^(٣) ، لأنه حقٌّ من حقوق النكاح كالظهار والإيلاء ، ولأن الإشهاد معنى يبيح الوطء كسواء الأمة وليس يؤكد من عقد النكاح ، وقد بينّا أن الإشهاد ليس بشرط فيه^(٤) .

ومن المدونة : وإن قال لها : قد ارتجعتك ، ثم قال : لم أرُ بقوي رجعةً وإنما كنت لاعباً ، لزمته الرجعة إن كانت في عدتها فلا رجعة له إلا أن تقوم على ذلك بيّنة ، يعني تقوم بيّنة بعد العدة على قوله ذلك في العدة .

وإن قال لها في العدة : كنت ارتجعتك أمس ، صدّق وإن كذبه ، لأن ذلك يعدُّ مراجعة الساعة ، وإن قال لها ذلك وقد انقضت عدتها ؛ لم يصدّق ، وقاله أشهب .

قال مالك وأشهب : وإن قال لها : إذا كان غداً فقد راجعتك . لم تكن هذه رجعة .

قال أشهب : وإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك في العدة ، فصدقته أو كذبه لم يصدق ولا رجعة له إلا بيّنة ، أو يُعلم أنه كان يدخل عليها في العدة ، ويبيت عندها ، فيقبل قوله وإن كذبه ، وإقرارها له بالمراجعة بعد العدة إذا لم

(١) انظر : المصدر نفسه ٣٢٤/٢ ، ٣٢٥ ، تهذيب المدونة ص ٩٨ .

(٢) انظر : التفریع ٧٦/٢ ، المقدمات الممهّدات ٥٤٨/١ ، بداية المجتهد ٨٥/٢ .

(٣) أي في أنه يشترط ، وهو قول الشافعي القديم ، لذا قال الغزالي : الصحيح الجديد أن الإشهاد لا يشترط فيها .

الرجيز ٧١/٢ .

(٤) انظر : المدونة ٨٥٨/٢ .

تُعلم له بها خلوة ، داعية إلى إجازة نكاح بغير صداق ولاولي^(١) .
قال : وإن أقام بينةً بعد العدة أنه أقر بالوطء في العدة فهي رجعةٌ إن ادعى
الآن أن وطأه أراد به الرجعة^(٢) .

قال عنه^(٣) ابن المواز : ولو أقام بعد العدة بينةً تشهد أنه أقر عندهم أنه أغلق
عليها باباً ، أو أرخى عليها سترًا في عدتها ، لم تكن تلك رجعةً إن ادعى ذلك الآن
بخلاف إقراره بالوطء .

قال ابن المواز : وليس ذلك كالشهادة على الخلوة حتى يكون المقام
والدخول والخروج ويُعلم ذلك بغير إقراره^(٤) .

ومن المدونة : قال أشهب : وإن طلقها قبل أن تُعلم له بها خلوة ، ثم أراد
أن يراجعها وادعى الوطء وأكذبت ، فأقام بينةً على إقراره قبل الفراق بوطئها لم
ينتفع بذلك ولا رجعة له وإن صدقته ، إذ ليس بيناءٍ معلوم ، ويُتهم الزوج أن يقدم
هذا القول عُدَّةً ليملك رجعتها ، فلا يقبل قوله ، وعلى المرأة العدة إن صدقته ، ولها
السكنى والنفقة ، وإن لم تصدقه فلا عدة عليها ولا كسوة لها ولا نفقة ، وكذلك إن
أقام بينةً على إقرارهما بذلك قبل الفراق فلا يصنِّقان ولا رجعة له ، ولها النفقة
والكسوة حتى تنقضي عدتها .

وإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك في العدة ، فأكذبت وهي أمة ،
وصدقه السيد فلا يقبل ذلك إلا بشاهدين سوى السيد ، إذ لا تجوز شهادته على
نكاح أمته ولا على / رجعتها .

قال مالك : وإذا وضعت الحامل ولدًا وبقي في بطنها آخر فزوجهما أحق
برجعتها حتى تضع آخر ولدٍ في بطنها .

(١) قال أشهب : وذلك ما لا يجوز لها ولا له أن يتزوجها بلاولي ولا صداق .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٢٤، ٣٢٥ ، تهذيب المدونة ص ٩٨ .

(٣) أي عن أشهب .

(٤) انظر : التواضع والزيادات لـ ٢٣٥ ب .

قال ابن وهب : وقاله ابن عباس وابن المسيب^(١) وغيرهما^(٢) ، وله الرجعة في عدة المرتابة بالحسن إلى أقصى جلوس النساء ، وإن طلقها قبل البناء فظهر بها حمل فلم ينفيه فهي له زوجة ، وهي في عدة منه ، وله الرجعة ما لم تضع .
قال سحنون في كتاب ابنه : ولو ظهر الحمل بعد موت الزوج فقالت : هو منه ، فإنه يلحق به ويرث أباه ولا ترث هي الزوج ، وليس لها إلا نصف الصداق الذي قبضت^(٣) .

قال أشهب : ومن طلق امرأته واحدة أو اثنتين فله عليها الرجعة ما لم ترَ أول دم الحيضة الثالثة . فإذا رآته فقد مضت الثلاثة الأقراء التي قال الله تعالى : ﴿وَالطَّلَاقَاتُ يَتَزَوَّجْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(٤) ، ولأن^(٥) الأقراء إنما هي الأطهار وليست بالحيض ، وكذلك قالت عائشة رضي الله عنها^(٦) وغيرها^(٧) ، فإذا طلقها وهي طاهر فقد طلقها في طهر تعتد به ، فإذا حاضت حيضة فقد تمَّ قرؤها ، فإذا طهرت فهو قرء ثان ، فإذا حاضت الثانية فقد تمَّ قرؤها الثاني ، فإذا طهرت فهو قرء ثالث ، ولزوجها عليها الرجعة حتى ترى أول قطرة دم من الحيضة الثالثة ، فإذا رأت ذلك فقد تمَّ قرؤها الثالث وانقضت الرجعة عنها وحلت للأزواج ، غير أنني أحب ألا تعجل بالتزويج حتى يتبين أن الدم الذي رأت في آخر الحيض دم حيضة يتمادى بها فيها ، لأنها ربما رأت الدم ساعة ، أو يوماً ثم ينقطع عنها فيعلم أن

(١) أخرجهما عبد لرزق ، كتاب الطلاق ، باب المطلقة الحامل في بطنها توأمان ١٧/٧ رقم (١٢٠١٢، ١٢٠٠٨) .

(٢) كابن شهاب وربيعة وأبي الزناد وابن قسيط . انظر : المدونة ٣٢٥/٢ - ٣٣١ .

(٣) النوادر والزيادات لـ ٣٣٦/ب .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٥) "لأن" ليست في ز .

(٦) أخرجه مالك ، كتاب نكاح ، باب ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الخائض ٤٥١/٢

رقم (٥٤) ، قال ابن حجر : أخرجه مالك في قصة بسند صحيح ، بلوغ المرام ص ٢٣٦ .

(٧) وهم : ابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت وربيعة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار وابن شهاب وأبو بكر بن عبد الرحمن .

انظر : الموطأ ٤٥٢/٢ ، المدونة ٣٢٧/٢ .

ذلك ليس بحيضٍ تعتد به ، فإذا رأت امرأةً هذا في الحيضة الثالثة فلترجع إلى بينها ، والعدة قائمة ، ولزوجها الرجعة حتى تعود إليها حيضةً صحيحةً مستقيمة^(١) .

قال أشهب وابن وهب : وبه^(٢) قضى زيد بن ثابت^(٣) ، وقالت عائشة رضي الله عنها : إن لها أن تنكح في دمها من الحيضة الثالثة .

قال أشهب : وقاله عمر^(٤) وابن عباس ، وكذلك قال ابن القاسم : أن للزوج الرجعة ما لم تر أول دم الحيضة الثالثة في الحرة ، والثانية في الأمة^(٥) .

[فصل ٢ — في دعوى انقضاء العدة]

قال : ومن قال لمعتدة : قد راجعتك ، فأجابته نَسَقًا بكلامه : قد انقضت عدتي ؛ فإن مضت مدة تنقضي في مثلها العدة صدقت بغير عَمَلٍ وإلا لم تصدق^(٦) .

وقضى أبان بن عثمان^(٧) في مطلقة ادعت بعد خمسة وأربعين يوماً أن عدتها قد انقضت أنها مصدقة وتحلف^(٨) .

وليس العمل على أن تحلف إذا ادعت ما تحيض في مثله^(٩) .

(١) المصدر نفسه ٣٢٦/٢ .

(٢) "به" ليست في ز .

والمراد بقوله : به ، أي بأن المطقة الرجعية إذا دخلت في دمها من الحيضة الثالثة فقد حلت للزواج .

(٣) فقد قال ابن شهاب : قضى زيد بن ثابت أن تنكح في دمها ، كما في المدونة .

(٤) الذي في المدونة ابن عمر .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٣٢٦/٢ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٣٢٨/٢ .

(٧) هو أبان بن عثمان بن عفان بن أبي العاص الأموي المدني ، إمام ، فقيه ، سمع أباه وزيد بن ثابت ، ولي المدينة لعبد الملك بن مروان سبع سنين ، توفي سنة ١٠٥ هـ .

انظر : الطبقات ١١٥/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٠٩/٥ .

(٨) انظر : المدونة ٣٣٠/٢ .

(٩) وهذا من قول أشهب كما في المدونة .

وذكر عن سحنون أنه قال : أقل ذلك أربعون ليلة .
قال الشيخ : وقيل : شهرٌ إن أمكن ذلك ، وكذلك يجب أن يكون معقاً بالإمكان في أغلب العادة .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن أشهد عسى رجعتها فصمتت ، ثم ادعت بعد يومٍ أو أقل أن العدة قد انقضت قبل رجعته لم تصدق وتمت الرجعة ، وإذا قالت المعتدة : قد دخلت في أول دم الحيضة الثالثة ، ثم قالت : كنت كاذبة ، ونظرها النساء فلم يرين بها حيضاً ؛ لم يُنظر إلى قولهن ، وبانت بأول قولها إن مضت مدة تنقضي في مثلها العدة ، وإن ادعت أنها أسقطت فذلك لا يخفى عسى الجيران ، ولكن الشأن أن تصدق بغير عيب وإن بعد يومٍ من طلاقه أو أقل أو أكثر ، ولا ينظر إلى الجيران ، لأنهن مأمونات على فروجهن ، ولو رجعت فقالت : كنت كاذبة ، ونظرها النساء فلم يرين بها حيضاً لم ينظر إلى قولهن ، وبانت بأول قولها ، لأن ذلك داعية^(١) إلى إجازة التكاح بغير صداقٍ ولأولي .

قال مالك : وتنقضي العدة بما أسقطت المرأة مما يعلم النساء أنه ولدٌ من دمٍ أو مُضْغَةٍ أو عُلْقَةٍ ، وتكون / به الأمة أم ولد ، وإذا قالت المطبقة : حضت ثلاث [١١٣] / حيض في شهر ، سئل النساء فإن أمكن ذلك عندهن صدقت .

قال أشهب : وإن قالت : حضت ثلاث حيض في شهرين ، فقال لها الزوج : قد قلت بالأمس أو قبله : أنك لم تحض شيئاً ، فصدقته ، لم يقبل قولها الثاني إلا أن يقيم الزوج بينةً أنها قالت ذلك ، فتكون له الرجعة إن لم يمض من يوم^(٢) القول ما تحيض فيه ثلاث حيض ، وإن مضى ذلك فلا رجعة له عليها^(٣) وإن رجعت عن قولها : إنها قد حاضت ثلاث حيض^(٤) .

(١) "داعية" ليست في أ .

(٢) في أ "قول" .

(٣) "عليها" ليست في ز .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٢/٣٢٧-٣٣١ ، تهذيب المدونة ص ٩٨، ٩٩ .

ومن العتبية : قال مالك فيمن طلق امرأته طلاقاً واحداً وأعطته مالاً في العدة على ألا رجعة له عليها قال : أراه خلعا ، وتنزمه طلاقاً بائناً ، وقاله ابن القاسم^(١) .
وقال أشهب : إن شاء راجعها ، فإذا راجعها ردّها إليها مأخذاً منها^(٢) .
وروى الدُّمِيَّاطِي^(٣) أن ابن وهب^(٤) قال : لا تنزمه غير الطلقة الأولى ولا رجعة له عليها^(٥) .

فصل [٣ - في رجعة المريض والمحرم والعبد]

قال ابن المواز : وللمريض أن يرتجع وكذلك المحرم ، أو هي محرمة - يريد بالإشهاد - ويرتجع العبد بغير إذن سيده وإن كره ، كانت زوجته أمةً له أو لغيره .
قال : والرجعة أن يُشْهَدَ بها ، أو يَطَّأ ، أو يُقْبَلَ ، ينوي بذلك الرجعة ، ولو نوى الرجعة بقبه لم ينفع إلا بفعل مع النية مثل جَسَّةٍ لَشَهْوَةٍ ، أو ضَمَّةٍ ، أو ينظر إلى فرجها وماقارب ذلك من محاسنها ، فإن لم يفعل ذلك لم تنفعه النية^(٦) .
قال : والأمة لا تقبل شهادة سيدها بعد العدة بالرجعة وإن صدقته الأمة .
قال أشهب : إلا أن يشاء الزوج أن يدفع ثلاثة دراهم فتكون امرأته ، شاء السيد أو أبي ، لأنه أقر أنها امرأته^(٧) .

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٣٦/٥ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٣٠١/٥ .

(٣) هو عبد الرحمن بن أبي جعفر الدُّمِيَّاطِي ، روى عن مالك ، وتفقّه بكبار أصحابه كابن وهب وابن القاسم وأشهب ، وكتبه تُعرف باسم الدُّمِيَّاطِيَّة ، توفي سنة ٢٢٦هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٣٢/١ ، الديباج ٤٧١/١ ، شجرة النور ص ٥٩ .

(٤) "أن ابن وهب" ليست في ز .

(٥) النوادر والزيادات ل ١/٣٣٤ .

(٦) في ز "الينة" ، وهو تصحيف .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل ١/٣٣٥ ، ب ١/٣٣٦ .

وذكر أن أبا عمران قال : وكذلك إذا تقارر الزوجان بعد العدة عسى أن الزوج ارتجع في العدة فليقدم الزوج ربع دينارٍ ويزوجها وليها ، وتجبر الزوجة عسى ذلك ، كقول أشهب في مسألة الأمة ، وترجح في ذلك^(١) .

قال أبو عمران : وإذا أقر الزوج في العدة أنه راجع ثم أنكر الرجعة أنه يكون ذلك منه كطلاقٍ ابتدأه .

وسئل عن الذي يطلق امرأته واحدة ، ثم يتمادى على وطئها من غير أن يريد الرجعة حتى تمضي ثلاث حيض ثم يحث بطلاقها ثلاثاً هل يلزمه ذلك الطلاق؟

فقال : يلزمه ذلك كالنكاح المختلف في فساده يطلق فيه ، وقد قال الليث : إن وطأه رجعة وإن لم ينو به الرجعة ، وقاله ابن وهب في الدمياطية^(٢) ، فلا أقل أن يكون هذا كالنكاح المختلف فيه^(٣) .

(١) أي أبي عمران ، انظر : تهذيب الطالب لـ ٤٨/ب .

(٢) وهي كتب عبد الرحمن بن أبي جعفر الدمياطي ، كما في ترجمته ، وقد تقدمت قريباً .

(٣) انظر : المصدر نفسه لـ ٤٩/أ .

[الباب الثالث]

جامع القول في متعة المطلقة^(١)

[فصل ١ — في مشروعية متعة المطلقة]

قال الله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٢) ، وقال : ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾^(٣) فقُصِرَتْ هذه على ذلك^(٤) ، ودلَّ أن الأمر بالمتعة ندب لا فرض قوله تعالى : ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾^(٥) ، ولأن الطلاق تأثيره الإسقاط دون الإيجاب ، دليله سقوط نصف المسمى قبل الدخول ولأنه نوع من الفراق كالموت .

[فصل ٢ — فيمن تستحق المتعة ومن لا تستحقها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : قال مالك : ولكل مطلقة المتعة ؛ طلقت واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، إلا المطلقة قبل البناء وقد سُمِّي لها صداقها فحسبها نصفه ولا متعة لها ، وإن لم يسم فليس^(٦) لها إلا المتعة .

- (١) المتعة لغة : قال الأزهرى : فأما المتاع في الأصل فكل شيء يتنفع به ويتزود به ، والفناء يأتي عليه في الدنيا . انظر : اللسان ، مادة (متع) .
- والمراد بمتعة المطلقة : هي ما يعطيه الزوج لزوجته عند الفراق تسلياً لها لما يحصل من ألم الفراق . الفواكه اللواتي ٣٨/٢ .
- (٢) سورة البقرة : آية ٢٤١ .
- (٣) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .
- (٤) أي أن قوله تعالى : ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾ خصصت عموم الآية الأولى وهي قوله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ فيكون المراد بأن متعة الطلاق حق لمطلقات إلا المطلقة قبل الدخول المسمى لها .
- (٥) أي بعد الأمر بالمتعة بقوله : ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَمِ قَدَرَهُ وَعَلَى الثَّقَاتِ قَدَرَهُنَّ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ﴾ سورة البقرة : آية ٢٣٦ .
- فالتعبير بالإحسان صرف الحق عن الوجوب ، لأن الوجوب لا يتقيد بالمحسنين . انظر : المصدر نفسه ٣٩/٢ .
- (٦) "فليس" ليست (ي) أ .

ابن وهب : وقاله ابن عمر^(١) .

قال ابن القاسم : وإن كانت مدخولاً بها وقد سُمي لها في أصل النكاح مهراً أخذته به^(٢) مع المتعة ، وإن لم يسم لها أخذت صداق مثلها مع المتعة .
قال : ولا متعة للمختلعة ولا للمصالحة ولا للمفتدية والمبارية .

قال ابن القاسم : ولم يختلف في هذا عندنا ، دخل بها أو لم يدخل ، سُمي لها صداقاً أو لم يسمه ، لأنها اشترت / منه^(٣) الطلاق بالذي أعطته فكيف ترجع ١١٣/ب وتأخذ منه ، ولقد سئل مالك عن المفتدية قبل البناء بماله دفعته لزوجها على أن تحلّ سبيلها ففعل ، ثم قامت بعد ذلك تطلبه بنصف صداقها ؟
فقال مالك : لا شيء لها ، هي لم تخرج من جباله إلا بأمرٍ غرّمته له ؛ فكيف تطلبه بنصف الصداق . وقال الليث مثله .

قال ابن القاسم : ولا متعة للملاعة ولا للأمة تعتق^(٤) فتختار نفسها ، دخل بهن أم لا ، سُمي لهن صداقاً أم لا .

قال ابن وهب : قال ابن عمر : ليس من النساء شيء إلا وله المتعة إلا الملاعة والمختلعة والمبارية والتي تطلق ولم ين بها وقد فرض لها فحسبها فريضته^(٥) .
قال ابن شعبان^(٦) : وجعلت المتعة بدلاً من ضم الطلاق وهمة عليهن وسقط المتاع عن المختلعات والمفتديات والمباريات ، لأنهن يُعطين فكيف يأخذن ، ولأنهن مختارات للطلاق فقد سقط عنهن همة ، وسقط ذلك عن الملاءعات لأن ما يُعطين غير

(١) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في متعة الطلاق ٤٤٩/٢ رقم (٤٥) .

(٢) "به" ليست في ز .

(٣) "منه" ليست في أ .

(٤) في تهذيب المدونة زيادة "تحت عبد" .

(٥) انظر : المدونة ٣٣٢/٢ - ٣٣٤ ، تهذيب المدونة ص ٩٩ .

(٦) هو أبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان المصري ، المعروف بابن القُرطبي ، فقيه ، عالم ، ورع ، إليه انتهت رئاسة المالكية بمصر ، من مؤلفاته : الزاوي في الفقه ، أحكام القرآن ، مختصر ماليش في المختصر ، كتاب النوادر ، كتاب الرواة عن مالك ، توفي سنة ٣٥٥ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٢/٢٩٣ ، سير أعلام النبلاء ١٢/٢٣٦ ، الدياج ٢/١٩٤ ، شجرة النور ص ٨٠ .

مُسْقَطٍ لِمَا أُصِيبَ بِهِ وَلَا أضعافه ، ولأنهن غير مطلقاتٍ ، إذ كنَّ لَا يَحِلُّنَّ أَبَدًا ، ولو كنَّ مطلقاتٍ لَحُلُّنَّ بَعْدَ زَوْجٍ أَوْ قَبْلَهُ ^(١) .

قال الشيخ : قال بعض فقهاء القرويين : للمخيرة والمملكة المتعة إذا قضت بالفراق ، لأن الفراق إنما صار إليها من قبَلِ الزوج ، وكذلك الذي تزوج على الحرية أمة فتختار نفسها لها المتعة ، لأن الطلاق بسببه ، وليست كالمعتقة تحت عبدي فتختار نفسها ^(٢) ، لأن هذا أمرٌ لاصْنَعَ للزوج فيه ، وأما المفتدية فلا شيء لها وإن كان بسبب الزوج لأنها تُعْطَى فمُحَالٌ أَنْ تُعْطَى ^(٣) .

[فصل ٣ — في إمتاع العبد المطلقة]

ومن المدونة : قال مالك : وعلى العبد إذا طلق امرأته المتعة ولا نفقة عليه ^(٤) .
قال الشيخ : قيل : إنما ذلك إذا كان الطلاق بائناً ؛ وأما إذا كان رجعيًا فعليه النفقة ، وهذا معنى ما في المدونة والله أعلم .

قال مالك في كتاب ابن عبد الحكم : ليس للسيد أن يمنعه من المتعة ^(٥) .
قال أبو بكر الأبهري : لأنها من حقوق النكاح وليس للسيد منعه من حقوق النكاح والطلاق وأشباه ذلك ، وقد قال الله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ ^(٦) ، وقال تعالى : ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ ^(٧) فَعَمَّ الأزواج ، سواءً كان حراً أو عبداً ^(٨) .

(١) انظر : تهذيب الطالب لـ ٤٩/ب .

(٢) أي فليس لها متعة كما تقدم قريبا من قول ابن القاسم .

(٣) انظر : التكت والفروق لـ ٧٤/ب .

(٤) انظر : المدونة ٣٣٢/٢ .

(٥) تهذيب الطالب لـ ٤٩/أ .

(٦) سورة البقرة : آية ٢٤١ .

(٧) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

(٨) للمصدر نفسه لـ ٤٩/أ .

[فصل ٤ — في أن التداعي في الميسر يسقط المتعة]

قال مالك : ومن خلا بزوجه وأغلق بابه وأرخى الستر عليها وقد سمي لها فطلقها وقال : لم أمسها ، وقالت : قد مسني ؛ فالقول قولها في الصداق ^(١) .
قال ابن القاسم : ولا متعة لها ، لأنه يقول : طلقت قبل أن أمس ^(٢) وقد فرضت فليس عليّ إلا نصف الصداق ^(٣) ، فلا يصدق في الصداق ويصدق في المتعة ^(٤) .

قال الشيخ : إذ ^(٥) لا يقضى بها .

[فصل ٥ — فيمن هن حكم الحرة المسلمة في المتعة ومن لا متعة عليه]

قال مالك : وللصغيرة والأمة والمديرة والمكاتبة وأم الولد والذمية حكم الحرة المسلمة في المتعة والطلاق ^(٦) .
ومن النكاح الثاني : وكل ما فسخ قبل البناء لفساد صداقه فلا متعة فيه ، وكذلك إن لم يفسخ حتى يطلقها قبل البناء فلا متعة عليه ^(٧) .

(١) لأنه قد دخل بها . انظر : المدونة ٣٣٣/٢ .

(٢) قبل أن أمس " ليست في ز .

(٣) "الصداق" ليست في أ ، ب .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٣٣٣/٢ .

(٥) "قال الشيخ : إذ" ليست في أ ، ب .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٣٣٣/٢ ، ٣٣٤ .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٢٤٣/٢ .

- ومن إرخاء الستور : قال ربيعة : إنما يومر بالمتاع مَنْ لَارِدَةٌ^(١) له عليها^(٢) - يريد من لارجة له عليها^(٣) .
- قال فَضْل^(٤) : فإذا طلق واحدةً أو اثنتين لم يومر بالمتعة حتى تنقضي العدة^(٥) قال ابن وهب : ولو أرتجعها فلامتعة لها ، لأن المتعة عوضٌ من الفُرقة^(٦) .
- ابن القاسم : ولا متعة في نكاحٍ مفسوخ .
- ابن المواز : إذا فسخ - ولا فيما يدخله الفسخ بعد صحة العقد مثل ملك أحد الزوجين صاحبه .
- قال : ولا يحاصُّ الغرماء بالمتعة .
- قال ابن القاسم : وإن جهل المتعة حتى مضت أعوامٌ فليدفع ذلك إليها وإن تزوجت ، أو إلى ورثتها إن ماتت^(٧) .
- قال أصبغ : لاشي عليه إن ماتت ، لأنه عوضٌ لها ، وتسليّة^(٨) من الطلاق فقد / انقطع ذلك^(٩) .

[١١٤/١]

-
- (١) "لا" ليست في ز .
- (٢) المصدر نفسه ٣٣٤/٢ .
- (٣) "عليها" ليست في ز .
- (٤) هو فضل بن سلمة بن جرير الجهني ، كان بصيراً بالمنهب حاقظاً له متقناً ، سمع سعيد بن غر وأحمد بن سليمان ، له تأليف منها : مختصر المدونة ، واختصر الواضحة والموازية ، وله كتاب جمع فيه مسائل المدونة والمستخرجة والمجموعة . توفي سنة ٣١٩ هـ .
- انظر : الديباج ١٣٨/٢ ، شجرة النور ص ٨٢ .
- (٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٩/١ .
- (٦)، (٧) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٣٧/ب .
- (٨) في ز "أو" بدل "الواو" .
- (٩) المصدر نفسه ل ٣٣٧/ب .

قال الشيخ : وإذا دخل بزوجه فقال : ما وطنتها ، وقالت : وطنني ، فوجب لها عليه نصف جميع الصداق فطلقها ، فله أن يحسب المتاع في نصف الصداق ، أو في صداق المثل إن كان نكح على تفويض ، لأنه يقول : لا صداق علي في التفويض وإنما علي من ^(١) المسمى نصفه ؛ فله ^(٢) أن يحسب المتعة في ذلك ، ونحوه لأبي عمران ^(٣) .

[فصل ٦ — في قدر المتعة]

ومن المدونة : قال مالك : وليس للمتعة حدٌ معلوم ^(٤) .
قال ابن المراز : وهي على قدر حال الرجل مع قدر حال المرأة ^(٥) .
ومن المدونة : قال مالك : ولا يجبر من أبائها ، لأن الله تعالى إنما جعلها حقاً على المتقين ^(٦) ، وعلى المحسنين ^(٧) فلذلك خُفِّضَتْ ولم يُقَضَّ بها .
قال غيره : وإذا كان الزوج غير مُتَّقٍ ولا مُحْسِنٍ فلا شيء عليه .

(١) "من" ليست في أ ، ب .

(٢) في أ ، ب "قبل" .

(٣) انظر : تهذيب الطالب لـ ٤٩/ب .

(٤) انظر : للموتنة ٣٣٤/٢ .

(٥) النوادر والزيادات لـ ٣٣٧/ب .

(٦) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ . سورة البقرة : آية

٢٤١ .

(٧) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ مَوْسِعِ قَدَرِهِ وَعَلَىٰ مَقَرٍّ قَدَرُهُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْحَسِنِينَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

وقال ابن أبي سلمة : المتاع أمرٌ رَغِبَ الله فيه وأمر به ، ولم يُنَزَلْ بمنزلة
 الفرض من النفقة والكسوة ، وليس تعدى عليه الأئمة^(١) كما تعدى على الحقوق .
 وقال ابن عباس رضي الله عنهما وغيره^(٢) : أعلى المتعة حادماً أو نفقةً ،
 وأدناها كسوة^(٣) .
 وقال ابن حَجَّيرة^(٤) : على^(٥) صاحب الديوان^(٦) متعة ثلاثة دنانير^(٧) .

[تمّ كتاب إرخاء الستور]^(٨)

-
- (١) في جميع النسخ "الأمة" والتصحيح من المدونة ، والمراد لانتقام بها دعوى .
 (٢) وهم : سعيد بن المسيب وابن يسار وعمر بن عبد العزيز ويحيى بن سعيد كما في المدونة .
 (٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ما قالوا في أرفع المتعة وأدناها ١٤٦/٤ رقم
 (١٨٧٠٨) .
 (٤) هو عبد الرحمن بن حَجَّيرة الحولاني المصري ، قاضي مصر وأمين خزانةها ، أحد رجال
 الحديث الثقات ، ولله عبد العزيز بن مروان القضاء وبيت المال ، توفي سنة ٨٣ هـ .
 انظر : شذرات الذهب ٩٣/١ ، الأعلام ٣٠٣/٣ .
 (٥) في أ ، ب "أعلى" .
 (٦) الديوان : هو الدفتر الذي يكتب فيه أسماء الجيش وأهل العطاء ، وأول من دَوَّن الديوان عمر
 رضي الله عنه ، وهو فارسيّ معرّب ، انظر : اللسان ، مادة (دَوَّن) .
 فيكون المراد بصاحب الديوان : الذي له عطاءٌ من بيت مال المسلمين .
 (٧) انظر : المدونة ٣٣٣/٢ ، ٣٣٤ ، تهذيب المدونة ص ٩٩ .
 (٨) ليست في جميع النسخ .

[الكتاب السادس]

كتاب الخلع^{(١) (٢)}

[الباب الأول]

في الخلع والصلح والفدية
والمباراة وكيف إن وقع بغرر

[فصل ١ — في الخلع وأدلة مشروعيته وبعض مسائله]

قال الله تعالى : ﴿فَإِنْ حِفْظُهُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(٣) ، وقال تعالى : ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ نَفْسٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾^(٤) ، وقد أباح الرسول صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس^(٥) رضي الله عنه أن يأخذ منها ما أعطاه^(٦) ، وقد زادت على حديثه التي أخذت منه ، وأمرها النبي صلى الله

(١) "كتاب الخلع" ليست في ز .

(٢) الخلع لغة : خَلَعَ الشيءَ يَخْلَعُهُ خُلْعًا ، وَخُلْعًا : كَنَزَعَهُ . اللسان ، مادة (خَلَعَ) .

قال أبو منصور : خَلَعَ امرأته وَخُلِعَهَا إِذَا افْتَدَتْ مِنْهَا بِمَا هَا فَطْلَقَهَا وَأَبَانَهَا مِنْ نَفْسِهِ ، وَهِيَ ذَلِكَ الْفِرَاقُ خُلْعًا ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ النِّسَاءَ لِبَاسًا لِلرِّجَالِ وَالرِّجَالُ لِبَاسًا لَهُنَّ فَقَالَ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿هِنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾ سورة البقرة : آية ١٨٧ .

وشرعاً : هو عقد معاوضة على البُضْعِ تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض . شرح حدود ابن عرفة ٢٧٥/١ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٤) سورة النساء : آية ٤ .

(٥) هو ثابت بن قيس بن شماس بن زهير بن مالك بن امرئ القيس الأنصاري الخزرجي ، خطيب الأنصار ، شهد أحداً ومابعداً من المشاهد ، قُتِلَ يَوْمَ الْيَمَامَةِ شهيداً .

انظر : الاستيعاب مع الإصابة ١/١٩٣ ، الإصابة ١/١٩٧ .

(٦) في أ ، ب "ما أعطته" .

عليه وسلم بالعدة ، وقال : هي واحدة^(١) .
قال مالك : لم أزل أسمع إجازة الفدية بأكثر من الصداق لهذه الآية^(٢) ولهذا الحديث^(٣) ، وقال الشافعي : إنه^(٤) فسخٌ بغير طلاق^(٥) .
قال الشيخ : ودليلاً^(٦) : قوله صلى الله عليه وسلم : "هي واحدة" وهذا نص ، ولأن كل فرقةٍ يجوز الثبوت على النكاح مع الحال الموجبة لها فإنها طلاقٌ لا فسخ ، اعتباراً بفرقة العَيْن والمُولي عكسه الرضاع والملك^(٧) .
وروى عيسى عن ابن القاسم في المرأة الناشز تقول : لأصوم ولا أصلي ولا أتطهر من جنابة ، فلا يجبر على فراقها ، فإن شاء فارق وحل له ما أخذ منها^(٨) .
قال الشيخ : واختلف شيوعنا إذا ثبت ضرر الزوج وقد أخذ بالذَّكِّ حملاً .
ف قيل : له متابعة الحمل ، لأنه هو أدخله في زوال عصمته ، وقيل : لا يرجع بشيءٍ لسقوط ذلك عنها ، وهذا كاختلافهم في الحماله في البيع الفاسد ، قاله بعض فقهاءنا^(٩) .

-
- (١) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه ١٧٠/٦ ، ومالك ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلع ٤٤٢/٢ ، ٤٤٣ رقم (٣١) .
 - (٢) هي السابقة وهي قوله تعالى : ﴿وَإِنْ يَخْتِمُوا لَمْ يُخْتَمْ عَلَيْهِمَا حَدُّوهُ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ .
 - (٣) أي حديث ثابت بن قيس رضي الله عنه .
 - (٤) انظر : المدونة ٣٤٠/٢ ، ٣٤١ .
 - (٥) أي الخلع .
 - (٦) وهو أحد قوليه ، والصحيح من مذهبه أنه طلاق .
 - (٧) انظر : الأم ٢٩٠/٥ ، الوجيز ٤١/٢ .
 - (٨) أي على أن الخلع طلاق .
 - (٩) المعونة ٨٧١/٢ .
 - (١٠) النوادر والزيادات ل ٣٢٧/ب .
 - (١١) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٠/أ .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا كان النشوز من قبلها جاز للزوج ما أخذ منها بالخلع وإن كان أكثر من الصداق ورضيت^(١) ولم^(٢) يضر بها ، وإن كان لخوف ضرره ، أو لظلم ظلمها ، أو^(٣) أضر بها لم يجوز أخذه ، وإن أخذ شيئاً رده ومضى الصلح^(٤) .

قال القاضي عبد الوهاب : وقال الشافعي : لا يرد شيئاً^(٥) . فأما نفوذ الطلاق فلا أنه هو ألزم نفسه ، وأما رد ما أخذه منها فلا أنه كان عليه إزالة الضرر عنها بغير عوض ، وما لزم الإنسان إزالته بغير عوض لم يجوز له أخذ العوض عنه^(٦) . ومن العتية : قال عيسى عن ابن القاسم : إذا صالحته على شيء أعطته إياه وعلى رضاع ولده ؛ ثم جاءت بعد سنة بامرأتين شهدتا أنها خالعتة عن ضررٍ فقال : تحلف معهما ويرد عليها / ما أعطته وتأخذ منه أجر رضاع ولده^(٧) . [١١٤/ب]

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا أقامت بعد الخلع بينة^(٨) يشهدون على السماع أنه كان مضراً بها فذلك جائز ، وهل يُشهد في ذلك إلا عسى السماع ، ليسمع الرجل من أهله ومن الجيران ، ويكون فاشياً ، ويجوز في ذلك شاهدان على السماع البين والأمر بالمعروف ، ولا يمين في ذلك .

قيل : فإن شهد واحدٌ على البتات أن زوجها كان يضر بها ويضيق عليها أتخلف معه؟

قال : كيف يعرف ذلك؟

قال : يقول سمعت سماعاً متشراً واستبان لي .

-
- (١) في زيادة "به" .
 - (٢) في أ ، ب "وإن لم" .
 - (٣) "أو" ليست في أ ، ب .
 - (٤) انظر : للمدونة ٣٣٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٩ .
 - (٥) الذي في الأم : أنه يرد ما أخذ منها كقول مالك . انظر : الأم ١٦٤/٥ .

- (٦) انظر : المعونة ٨٧٠/٢ .
- (٧) العتية مع البيان والتحصيل ٢٥٦/٥ .
- (٨) في أ زيادة "أنه" .

قال عيسى له^(١) : وانظر فيه .

وقال أصبغ : هو جائز وإن لم يكن غيره ، فإن كان معه^(٢) سماعٌ منتشرٌ وإلا حلفت ورد عليها مأخذٌ منها ومضى الفراق .

وقد سألت ابن القاسم عنه بعد ذلك فقال : هذا لأن يمينها على مالٍ ، وإذا أقامت بينةً أنه كان يبغضها لم ينفعها إلا بالبينة على الضرر ، وقد يبغضها ولا يظلمها ، ومن الضرر الموجب لرد مأخذٍ منها أن يؤثر عليها أخرى ولا يفي بحقها في نفسه ولا في ماله .

ويجب عليه إذا لم ترض بالأثرة عليها أن يفارقها بغير فداءٍ أو يعدل^(٣) .
ومن المدونة : ابن وهب : قال ابن شهاب : وإذا استخفت المرأة بحق زوجها فنشزت عليه وأساءت عشرته وأحنت^(٤) قسمه ، أو خرجت بغير إذن ، أو أذنت في بيته لمن يكره وأظهرت له البغض ، فإن ذلك مما يحمل له بالخلع ، وإن كانت هي توتى من قبله فلا يجوز خلعه .
وقال بكير بن الأشج : لأرى امرأةً أبت أن تخرج مع زوجها إلى بلدٍ من^(٥) البلدان إلا تاشراً^(٦) .

[فصل ٢ — في الصلح وأدلتها]

قال ابن القاسم : ويجوز أن يأخذ منها على إمساكها ، أو يعطيها ما ترضى به^(٧) معه على أن تقيم معه على الأثرة في القسم من نفسه وماله وذلك الصلح

(١) "له" ليست في ز .

(٢) في ز "فإن لم يكن معه" .

(٣) النوادر والزيادات ل ٣٢٧/ب .

(٤) في أ ، ب "وأخانت" ، وهو تحريف .

(٥) "بلد من" ليست في ز .

(٦) انظر : المدونة ٢/٣٤١، ٣٤٢ .

(٧) "به" ليست في أ ، ب .

الذي قال الله تعالى : ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾^(١) ولا ياتم في الأثرة بعد ذلك ، وقاله جماعة من التابعين^(٢) .

قال ابن وهب عن ابن شهاب : أن رافع بن خديج^(٣) تزوج جارية شابة وعنده بنت محمد بن مسلمة^(٤) وكانت قد جلت^(٥) فأثر الشابة عليها ، فاستأذنت عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : "يارافع اعدل بينهما وإلا فارقها" فقال لها رافع في آخر طلقه : إن أحببت أن تقرّي على ماأنت عليه ، وإن أحببت أن أفارقك فارقك ، فقالت : بل أستقرّ على الأثرة ، ولم ير رافع أن عليه إلماً حين رضيت بأن تستقر عنده على الأثرة ، قال : فنزل القرآن : ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاصًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^{(٦) (٧)} .

(١) سورة النساء : آية ١٢٨ .

(٢) وهم : سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وربيعة .

انظر : المصدر نفسه ٣٣٥/٢ ، ٣٣٦ .

(٣) هو رافع بن خديج بن رافع بن عدي الأنصاري الأوسي ، شهد أحداً ومابعدها ، جرح يوم أحد ، وانتقضت جراحته في آخر حياته ، ثم مات من ذلك سنة ٧٣هـ في خلافة معاوية .

انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٤٨٣/١ ، الإصابة ٤٨٣/١ .

(٤) هو محمد بن مسلمة بن سلمة بن خالد بن عدي الأنصاري الأوسي ، حليف بني عبد الأشهل أسلم قديماً على يد مصعب بن عمير ، شهد بدرأً وأحداً وبعض المشاهد ، كان من فضلاء الصحابة ، واستخلفه النبي صلى الله عليه وسلم على المدينة في بعض غزواته ، وهو ممن ذهب إلى قتل كعب بن الأشرف وإلى ابن أبي الحقيق . توفي بالمدينة سنة ٤٣هـ ، وقيل ٤٦هـ .

انظر : الطبقات ٣٣٨/٣ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣١٥/٣ ، الإصابة ٣٦٣/٣ .

(٥) أي كبرت .

(٦) سورة النساء : آية ١٢٨ .

(٧) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب جامع النكاح ٤٣٢/٢ رقم (٥٧) ، وابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في الرجل يكون له المرأة فتقول : انقسم لي ٤٩١/٣ رقم (١٦٤٦٣) ، (١٦٤٦٥) .

قال ابن وهب عن يونس^(١) عن أبي الزناد قال : بلغنا أن سودة أم المؤمنين كانت قد أسنت ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يكثر منها ، وعرفت ذلك منه فتخوفت أن يفارقها فقالت : يا رسول الله أرأيت يومي الذي كان يصيبني منك فهو لعائشة ، وأنت مني في حلٍّ ، فقبل ذلك منها^(٢) ^(٣) .

قال ربيعة : إن رضيت بغير نفقة ولا كسوة ولا قسم فما رضيت به من ذلك جاز عليها^(٤) .

قال مالك : والمختصة : التي تحتل من كل الذي لها ، والمبارية : التي تباري زوجها قبل البناء فتقول : خذ الذي لك وتاركني ، والمفتدية : التي تفتدي ببعض مالها وتحبس بعضه . وذلك كله سواء وهي طليقة بائنة .
قال : والخلع والمباراة عند السلطان أو غيره جائز^(٥) .

قال القاضي عبد الوهاب : وقال أبو ثور في الخلع : هو طليقة رجعية^(٦) ، والدليل لما لك^(٧) : أن المرأة إنما تبذل العوض لإزالة الضرر عنها وفي ثبوت الرجعة عليها بقية الضرر ، ولأن ثبات / الرجعة في ذلك جمع للزوج بين العوض والمُعوض [١١٥] وذلك ما لا سبيل إليه^(٨) .

(١) أي يونس بن يزيد الأيلي ، وقد سبقت ترجمته ص ٦٩ .

(٢) "منها" ليست في ز .

(٣) فكان صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومين ، يومها ويوم سودة .

أخرجه بخاري ، كتاب النكاح ، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضررتها وكيف يقسم ذلك ١٥٤/٦ ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب جواز هبتها نوبتها لضررتها ١٠٨٥/٢ رقم (١٤٦٣) .

(٤) انظر : المدونة ٣٣٦/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٣٤٥،٣٤٣/٢ .

(٦) انظر : المقدمات الممهدة ٥٦١/١ .

(٧) أي على أن الخلع طليقة بائنة .

(٨) انظر : المعونة ٨٧١/٢ .

ابن وهب : وقال عثمان بن عفان وجماعةٌ من الصحابة^(١) .
والتابعين^(٢) : إنها طُلقةٌ بآئنة^(٣) .

-
- (١) كملّي وابن مسعود ، أخرجهما سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلع ٣٣٩/١ رقم (١٤٥٠، ١٤٥١) .
- (٢) وهم : سعيد بن جبير وشريح ويحيى بن أبي سلمة والزهري ومكحول .
أخرجها ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ما قالوا في الرجل إذا خلع امرأته كم يكون من الطلاق ١٢٢/٤ رقم (١٨٤٢٨-١٨٤٤١) .
- (٣) إلا أن يسمّى شيئاً فهو على ما سمي .
وقد أخرج أثر عثمان ابن أبي شيبة أيضاً ١٢١/٤ رقم (١٨٤٢٣) .

[الباب الثاني] في الخلع بمجهول أو غرر أو هرام أو يقارنه بيم

[فصل في الخلع بمجهول أو غرر]

قال الله تعالى : ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(١) فقم ، فذلك جاز الخلع عندنا بالغرر والمجهول كالعبد الأبق والجمل الشارد فإن سلم أخذه وإلا فلا شيء له^(٢) ^(٣) خلافاً لأبي حنيفة^(٤) والشافعي^(٥) في منعهما ذلك ، ولأنه يجوز أن يملك في الهبة والوصية فجاز في الخلع^(٦) .

ومن المدونة : قلت : فمن خالغ زوجته على عبدها بعينه ولم تصفه له ولا رآه الزوج قبل ذلك ، أو تزوجها على مثل هذا؟
قال : قال مالك : يفسخ هذا النكاح قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل.

قال ابن القاسم : وأما الخلع فيجوز ، ويأخذ العبد الذي خالعه عليه كمن خالغ على لمرقة لم يبد صلاحها ، أو على بعير شارد ، أو^(٧) عبد أبق ، أو جنين في بطن أمه ، أو بما تلد غنمها ، أو بثمره نخلها العام ، فذلك جائز لازم له ، وله مطالبة ذلك كله على غرره بخلاف النكاح .
قال غيره : ولأنه يرسل من يده بالغرر ولا يأخذ به^(٨) .

-
- (١) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .
 - (٢) في أ ، ب "عليه" .
 - (٣) انظر : التفريع ٨٢/٢ ، المقدمات الممهدة ٥٦١/١ .
 - (٤) انظر : تحفة الفقهاء ٢٠١/٢ .
 - (٥) انظر : الأم ٢٩٤/٥ ، الوجيز ٤٣/٢ .
 - (٦) انظر : المعونة ٨٧٤، ٨٧٣/٢ .
 - (٧) في أ ، ب زيادة "على" .
 - (٨) انظر : المدونة ٣٣٧، ٣٣٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٩ .

ومن كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم^(١) : وإذا خالعهها على جنين في بطن أمه فهو له إذا خرج ، ويجبران على الجمع بينهما فيباع مع أمه .
قال أصبغ : ولا أحب الخلع بالجنين ولا الثمرة غير مزرهية فإن وقع مضى ، وهو آخر قولي ابن القاسم^(٢) .

ومن كتاب ابن المواز : وإن قالت له : خالعي على ما في يدي ، فرضي ففتحت يدها فلم يجد شيئاً فقال أشهب : لا يلزمه طلاق ، وكذلك إن وجد حَجراً فإن وجد ما ينتفع به كالدرهم ونحوه لزمه الخلع .

وقال عبد الملك^(٣) : يلزمه الخلع بما غرته ، وقاله^(٤) محمد وسحنون .
قال عبد الملك : ولو قالت له : خالعي بهذا العبد^(٥) ، وليس هو لها لم يلزمه الفراق ، لأنه طلق على أن يتم له ذلك ، فأما لو كان بيدها بشبهة ملك ، ثم استحق فالفراق لازم ويطلبها بقيمتة^(٦) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فإن خالعه على ثوب هَرَوِي^(٧) ، ولم تصفه جاز ، وله ثوبٌ وَسَطٌ من ذلك ، وإن خالعهها بدنانير ، أو بدراهم ، أو بعروضٍ موصوفةٍ إلى أجلٍ فجائز ، وإن خالعهها على مالٍ إلى أجلٍ مجهول ، كان حالاً ، لأن مالكا قال فيمن باع إلى أجلٍ مجهول : أن القيمة فيه حائلةٌ في قوتِ السلعة .

قال ابن القاسم : وإن خالعهها على عبديها ، على أن زاده الزوج ألف درهم جاز ، بخلاف النكاح ، لأنه إن كان في قيمة العبد فضلٌ عن الألف فقد أخذت منه نصفها بذلك الفضل ، وإن كانت كفافاً فهي مبارأة ، وقد أجاز مالك

(١) قال ابن القاسم " ليست في ز .

(٢) النوادر والزيادات ل ٣٢٨ / ١ .

(٣) في ز " عبد الوهاب " وهو خطأ .

(٤) في أ " وقال " .

(٥) أي وأشارت إلى رجل .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل ٣٢٨ / ب .

(٧) نسبة إلى هراة ، وهي مدينة مشهورة من أمهات مدن خراسان . انظر : معجم البلدان

أن يتابعا بغير شيء وهي طليقة بائنة ، وإن كانت قيمته أقل من الألف فهو كمن صالح زوجته على أن يعطيها من عنده ما لا فالصلح جائز ولا يرجع عليها بشيء مما دفع إليها^(١) .

قال ابن المواز : قال أصبغ : فإن كان هذا العبد آبقاً فصالحها عليه على أن زادها عشرة دنائير فسد الصلح بينهما ، ويرد الآبق / والدنائير .

ب/١١٥]

قال ابن المواز : هذا إن كانت قيمة الآبق عشرة دنائير فأقل لم يكن للزوج فيها شيء وارتجع دنائيره وبقي العبد للمرأة ، وإن كانت قيمة هذا الآبق خمسة عشر ديناراً كان للزوج ثلثه في الخلع ويرجع ثلثاه للمرأة ، وترد العشرة دنائير إلى الزوج وتكون المرأة والزوج شريكين في العبد عسى الثلث والتلتين ، لأن الخلع إنما وقع بما فضل من قيمته عن العشرة دنائير ، وكذلك إن صالحها بغير شارد ، أو بجنين في بطن أمه ، أو بشمرة لم يبد صلاحها عسى أن زادها عشرة دنائير ، فإن كانت في الجنين والبغير والثمرة فضلة عما دفع الزوج من الدنائير كانت الفضلة للزوج بالخلع فإن لم يكن في ذلك فضل لم يكن للزوج شيء من ذلك وارتجع دنائيره منها .

قيل لابن المواز : فمتى تكون القيمة؟

قال : يوم يخرج الجنين ، ويوجد العبد والبغير ، وتُجَدُّ الثمرة^(٢) .

قال الشيخ : وقول ابن المواز هذا على قياس قول ابن نافع في مسألة من صالح من موضحة عمداً وموضحة خطأ على شقص ، لأن المرأة دفعت العبد عن معلوم وبجهول وهو الدنائير والبضع ، فجعل للدنائير من قيمة العبد قدرها ، فإن فضلت فضلة من قيمة العبد كانت للخلع ، كما جعل في مسألة الموضحتين ، فضلة قيمة الشقص على الخمسين دية موضحة الخطأ ، ومافضل^(٣) لموضحة العمد ، فإن لم يكن في قيمة الشقص فضلة عن الخمسين لم يكن للعمد شيء ، وأما على قياس^(٤)

(١) انظر : المدونة ٣٣٧/٢ ، تهذيب الملونة ص ٩٩ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٢٨/ب .

(٣) "ومافضل" ليست في ز .

(٤) "قياس" ليست في ز .

قول ابن القاسم فيكون في هذه المسألة نصف الآبق للعشرة دنانير فيفسخ فيه البيع ، وترد المرأة العشرة دنانير^(١) ، ويكون نصفه الآخر للزوج لحق الخلع ، وهذه^(٢) المسألة في العتبية^(٣) ، وفي^(٤) كتاب ابن سحنون زيادات يطول شرحها وهذا أحسن ذلك .

ومن المدونة : وإن خالعتها على دراهم أرثها إياه فوجدتها زُيُوفاً فله البذل كالبيع^(٥) ، وإن كان على عبدٍ بعينه فاستحق رجوع بقيمته كالنكاح به^(٦) ^(٧) .

(١) "دنانير" ليست في ز .

(٢) في زيادة "في" .

(٣) انظر : العتبية مع البيان ولتحصيل ٣١٠، ٣٠٩/٥ .

(٤) "في" ليست في أ ، ب .

(٥) وذكر عن أبي عمران أنه إن اشترطت عليه أنها لا تعرف الدراهم ، وإن كانت زُيُوفاً فلا يبدل علي فيها قلها شرطها ، ويكون ذلك كخلع على الغر . تهذيب الطالب ٥٢٠/ب .

(٦) "به" ليست في ز .

(٧) انظر : المدونة ٣٣٨، ٣٣٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٩ .

ولم يذكر في جميع النسخ باقي ما اشتمل عليه عنوان الباب ، وهو الخلع بمحرام ، والخلع يقارنه بيع ، فلعله ساقط من جميعها .

[الباب الثالث] في نفقة الحامل المختلعة والمبتوتة والوكالة على الخلع

[فصل ١ — في نفقة الحامل المختلعة والمبتوتة]

قال الله تعالى في المطلقات : ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(١) فأوجب الله تعالى السكنى لكل مطلقة بائنة بالنفقة إلا أن تكون حاملاً فجعل لها السكنى والنفقة ، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس^(٢) وهي مبتوتة ولأحمل بها : "لانفقة لك"^(٣)^(٤) .

قال مالك : فكل حامل بائنة من زوجها بيتات ، أو خلعة ، أو غيره وقد علم بحملها أم لا ، فإن لم تتبرأ من نفقة حملها ، فلها النفقة في الحمل والسكنى والكسوة ، وليس لنفقتها حدٌ معلومٌ على غني ، ولا مسكن في القرى ولا في المدائن لغلاء سعر ولا لرخصه ، وذلك على قدر عُسره ويُسرّه ، وإن اتسع أخدمها . وإن مات قبل أن تضع حملها فقد انقطعت نفقتها^(٥) .

(١) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٢) هي فاطمة بنت قيس بن ع خالد القرشية الفهرية ، أخت الضحاك بن قيس ، كانت من المهاجرات الأول ، وكانت ذات جمال وعقل ، وكانت عند أبي بكر بن حفص المخزومي فطلقها ، ثم أشار عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم بأسامة بن زيد فتزوجته .

انظر : الطبقات ٢١٣/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٧١/٤ .

(٣) أخرجه مسلم ، كتاب الطلاق ، باب المطلقة ثلاثاً لانفقة لها ١١١٤/٢ رقم (١٤٨٠) .

(٤) انظر : المعونة ٩٣٢/٢ .

(٥) انظر : المدونة ٣٣٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٩ .

ابن وهب : وقاله ^(١) جابر بن عبد الله ^(٢) وأبو أمامة بن سهل بن حنيف ^(٣) وابن المسيب وابن يسار وغيرهم ^(٤) .
قال مالك : وإن بانّت منه بما ذكرنا وهي غير حاملٍ فلانفقة لها ولاكسوة ،
ولها السكنى في العدة ، ولارجعة له عليها ، ولايتوارثان ، وإن كان طلاقه فيه
رجعةٌ فلها النفقة والكسوة والسكنى كانت حاملاً أم لا ، ويتوارثان ما لم تنقض
العدة ^(٥) .

[فصل ٢ - في الوكالة على الخلع]

قال مالك : ومن وكّل من يصلح عنه زوجته لزمه صلح الوكيل في غيبته ^(٦) .
ابن القاسم : وإن وكّل بذلك رجلين ، فخالعهما أحدهما ، لم يحز إلا
باجتماعهما جميعاً ^(٧) ، كما لو وكلهما على بيع أو شراء ، بخلاف رسولّي
الطلاق ^(٨) .

[١١٦]

- (١) أي القول بأن من مات زوجها وهي حامل فلانفقة لها ، حسيها ميراثها .
- (٢) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري السلمي ، أحد المكثرين عن النبي صلى الله عليه وسلم ، شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو صغير ، وشهد الخندق ومابعدنا من انشاهد ، وكان كثير العلم ، توفي بالمدينة سنة ٧٨ هـ وقيل ٧٤ هـ وعمره أربع وتسعون سنة .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٢٢٢/١ ، الإصابة ٢١٤/١ ، شذرات الذهب ٨٤/١ .
- (٣) "ابن حنيف" ليست في أ ، ب .
- (٤) هو أبو أمامة أسعد بن سهل بن حنيف الأنصاري الأوسي المدني ، ولد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ، سمي أسعد باسم جده لأنه أسعد بن زرة نقيب بني النجار ، وكنتي بكنته ، كان من علماء المدينة وفقهائها ، روى عن أبيه وعمر وعثمان وزيد بن ثابت ومعاوية وغيرهم توفي سنة ١٠٠ هـ .
- (٥) انظر : الطبقات ٦١/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٤/٥ ، شذرات الذهب ١١٨/١ .
كعمرة بنت عبد الرحمن وعبد الله بن أبي سلمة وربيعة . الملونة ٣٣٩/٢ .
- (٦) وقد أخرج أثر جابر وسعيد بن المسيب عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب النفقة للمتوفى عنها ٣٨،٣٧/٧ رقم (١٢٠٨٨، ١٢٠٨٥) .
- (٧)، (٨) انظر : الملونة ٣٣٩، ٣٣٨/٢ ، تهذيب الملونة ص ٩٩ .
- (٨) "جميعاً" ليست في أ ، ب .
- (٩) انظر : الملونة ٣٣٩/٢ ، تهذيب الملونة ص ٩٩ .

[الباب الرابع] في خلع غير المدخول بها

قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ حِفْظُهُمْ إِلَّا يَقِيمُوا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾^(١) فعم^(٢) ، فسواء كانت الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها فإنه يحل للزوج ما أخذ منها إذا كانت الإساءة من قبلها .

قال ابن القاسم : فإن صالحته ، أو براءته على المتاركة ، أو خالعه على أن أعطته عبداً أو مالاً وذلك قبل البناء فليس لها أخذه بنصف الصداق ، وإن قبضته جميعه رده ، وقلنا ذلك في المتاركة بغير شيء ، فإذا ردت كان أبعد أن ترجع بشيء ، وقاله مالك والليث .

ولو سأله الطلاق قبل البناء على عشرة دنائير من صداقها - ابن المواز عن مالك : أو خالعه عليها^(٣) من صداقها - فإن لها نصف ما بقي بعد العشرة ، قبضتها أو لم تقبضها^(٤) .

قال ابن المواز عن مالك : وأما في الخلع المبهم فلا شيء لها من المهر ، أعطته على الخلع شيئاً أو لم تعطه ، قاله مالك وأصحابه وغيرهم في التي لم يدخل بها خلا أشهب فإنه جعل لها أن ترجع عليه بنصف صداقها ويكون له ما أعطته .

قال ابن القاسم : وأما المدخول بها فتصالحه على شيء من مالها ، فإن لها أن ترجع بموخر صداقها ، بخلاف التي لم يين بها^(٥) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأما إن قلت له قبل البناء : طلقني طلاقاً على عشرة دنائير ، ولم تقل : من صداقي ، ففعل ، غرمت العشرة دنائير التي شرطتها ، لأنها اشترت بها طلاقها ، وكان لها نصف صداقها ، وكذلك إن قالت

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٢) "فعم" ليست في ز .

(٣) أي على عشرة دنائير من صداقها قبل البناء .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٣٩ ، ٣٤٠ ، تهذيب المدونة ص ٩٩ .

(٥) انظر : التواذر والزيادات ل ٢٣١ ب ، ٢/٢٣٢ .

له قبل البناء : طلقني طليقة بغير شيء ؛ فإنها تتبعه بنصف الصداق وإن لم ينقدها إياها .

- ابن المواز : وذلك بخلاف الخلع المبهم^(١) . -

ابن القاسم : ولا تخرج العشرة من المهر إلا أن يشترط ذلك^(٢) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم^(٣) : وإن قال لها : أنت طالق عني عبدك هذا ،

فإن قبلت قبل التفريق وإلا فلا قبول لها بعد ذلك .

وإن قال لها : إذا أعطيتني ألف درهم فأنت طالق ثلاثاً ؛ فذلك لها متى

مأعطته ، وكذلك إن قال لها : أمرك بيدك متى ماشئت ، أو إلى أجل ؛ فأمرها

بيدها إلى ذلك الأجل إلا أن توقف قبضه فتقضي ، أو ترد ، أو توطأ طوعاً فيبطل

ماييدها ولا يكون لها أن تقضي بعد ذلك^(٤) .

(١) انظر : المصدر نفسه ل ٢٣١/ب ، ٢٣٢/أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٤٠ ، تهذيب المدونة ص ٩٩ .

(٣) قال ابن القاسم " ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٤٢ ، تهذيب المدونة ص ٩٩ ، ١٠٠ .

[الباب الخامس]

**فيمن أعطي على أن يطلق ويشترط الرجعة
أو خالع وشرط إن طلبت شيئاً عادت له زوجة
ونبيته في طلاق الخلع
ومن قال : أنت طالق طلاق الخلع**

[فصل ١ — فممن أعطي على أن يطلق ويشترط الرجعة]

قال النبي صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس رضي الله عنه حين خالع زوجته : "إنها واحدة"^(١) .

ابن وهب : وقال عثمان بن عفان رضي الله عنه : هي طلقه بائنة إلا أن يُسمي شيئاً فهو [على]^(٢) ماسمى ، وقاله عددٌ من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم^(٣) .

وقد أبطل الرسول صلى الله عليه وسلم كلَّ شرطٍ ليس في كتاب الله تعالى^(٤) فكذلك ينبغي أن يبطل كل شرطٍ يخالف السنة .

قال ابن القاسم : فإن أعطته شيئاً على أن يطلق ويشترط الرجعة فشرطه باطلٌ والخلع يزمه ولا رجعة له إلا بتكاحٍ مُبتدئٍ إلا أن شرطه لا يحيلُ سنةَ الخلع ، قاله مالك^(٥) .

(١) سبق تخريجه ص ٤٦٨ .

(٢) من المدونة .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٤٢، ٣٤٣ .

وقد سبق ذكر بعضهم وتخريج ذلك ص ٤٧٢، ٤٧٣ .

(٤) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "ما كان من شرطٍ ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطلٌ" وإن كان مئة شرط" . وقد سبق تخريجه ص ١٣٠ .

(٥) قال ابن القاسم : لأن سنة الخلع أن كل من طلق بشيءٍ ولم يشترط شيئاً ولم يسمه من الطلاق كان خلعاً ، والخلع واحدةٌ بائنةٌ لا رجعة له فيها . المدونة ٢/٣٤٢ .

وروي عن مالك : أن له الرجعة ، وقاله سحنون^(١) .
قال عبد الوهاب : ووجه ذلك^(٢) : أن العوض يكون في مقابلة ما يسقط من
عدد الطلاق دون زوال العصمة ، لأنها لما أجابته إلى ذلك دل على أنها على هذا
عاضت^(٣) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : والخلع طلاقٌ بائنةٌ ، سُمي طلاقاً أو لم يسم ،
وتعتد عدة المطلقة وله أن ينكحها / في عدتها إن تراضيا ، لأن الماء ماؤه بوطء [١١٦/ب]
صحيح إلا أن يتقدم له فيها طلاقٌ يكون بهذا^(٤) ثلاثاً للحررة ، واثنين للبعد فلا تحل
له إلا بعد زوج^(٥) .

ومن العتية : قال عيسى عن ابن القاسم : وإن خالع امرأته وهي حاملٌ فله
هو دون غيره أن يتزوجها في هذا الحمل ما لم تنقل فتصير كالمریضة فلا يجوز ذلك له
ولالغيره حتى تضع^(٦) .

[فصل ٢ — فيمن خالع وشرط إن طلبت شيئاً عادت له زوجة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا خالعها وشرط أنها إن طلبت^(٧) شيئاً عادت
له زوجة^(٨) ، فشرطه باطل ، والخلع يلزمه ولا رجعة له إلا بنكاح مبتدئ^(٩) .

(١) وروي ابن وهب عن مالك أنه رجع فقال : تبين منه بواحدة .

انظر : المصدر نفسه ٣٤٣/٢ .

(٢) أي القول بأن له الرجعة .

(٣) المعونة ٨٧١/٢ .

(٤) أي بطلاق الخلع .

(٥) انظر : المدونة ٣٤٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

(٦) لأنه مرض ، والمرأة لا تتزوج وهي مريضة . انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٢٥٣/٥ .

(٧) في أ زيادة "ذلك" .

(٨) في ز "عادت زوجته" .

(٩) انظر : المدونة ٣٤٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

قال في كتاب ابن المواز : فإن ظننا أن ذلك يلزم فطلبته بذلك فعادت تحته بذلك ووطنها فليفارقها ، وليس لها بإصابته إلا ما كان رده إليها يكون ذلك صداقها ، كان أقل من صداق مثلها أو^(١) أكثر ،^(٢) ولا يتزوجها لأنه كالنكاح في عدة .

وقال محمد : هي حلال له بعد الاستبراء ، وإن كانت حاملاً فبعد الوضع ، وليس كالنكاح في عدة^(٣) .

قال الشيخ : قال بعض علمائنا : يريد ما لم يكن ذلك أقل من ربع دينار فلا بد أن يتم لها ربع دينار^(٤) .

قال في كتاب ابن المواز : ولو أنها حملت منه فصالحها ثانية على شيء آخر ، أو على أن أبرأته من نفقة الحمل والرضاع كان الصلح الآخر باطلاً ويرد عليها ما كان أخذ منها وتكون عليه النفقة .

قال : ومن خالع زوجته ، ثم نكحها في العدة ، ثم طلقها قبل البناء والميسر فهي تبني على عدتها ولها نصف الصداق بخلاف من ارتجع من طلاق رجعي ثم طلق قبل أن يمس فهذه تأتلف العدة^(٥) .

قال الشيخ : وإن قال ذلك لأن الرجعة تهتم العدة بخلاف التكااح المبتدأ .

قال الشيخ : والفرق بينهما : أن الزوجة في الطلاق الرجعي ، أحكام الزوجية باقية بينهما ، فإذا ارتجع عادت زوجة مدخولاً بها كما كانت قبل الطلاق فإذا طلق ثانية وجبت عليها العدة لهذه الطلقة ، فإن كان بقي من لعدة الأولى شيء فهو داخل في هذه العدة المؤتلفة ، وإذا كانت الطلقة الأولى^(٦) بائة فهو لا يرتجعها إلا بنكاح جديد بصداق وولي ، فإذا طلق فيه قبل أن يمس فقد طلق قبل ابنة فلاعدة عيها لهذا الطلاق الثاني فوجب أن تتم العدة للأول ، وبالله التوفيق .

(١) في أ ، ب "أو" بدل "أو" .

(٢) ساقط من ز .

(٣) انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٢٧/ب .

(٤) التكت والفروق لـ ٧٥/أ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٢٧/ب .

(٦) "الأولى" ليست في ز .

[فصل ٣ - في النية في طلاق الخلع]

ومن المدونة : قال مالك : وإن خالعه واشترط رجعتها فاخلع ماضٍ ولا رجعة له .

قال ابن القاسم : وإن أخذ منها شيئاً وانقلبت وقالوا : ذلك بذلك ، وم يسميا طلاقاً فهو طلاق الخلع ، وإن سُمِّي طلاقاً لزم ماسمياً من الطلاق ، وإن نوى بالخلع ثلاثاً أو اثنتين لزمته وإن لم يلفظ بها ، وكذلك إن شرطت هي في الخلع أن تكون طالقاً تطليقتين فذلك يلزم .

قال مالك : وإذا لم يكن لها عليه مهرٌ ولادينٌ فخالعها على أن أعطاها شيئاً أو لم يعطها فذلك جائزٌ ولا رجعة فيه وذلك خلعٌ ، وقاله ابن القاسم .

وروى ابن وهب وابن القاسم عن مالك فيمن طلق امرأته وأعطاه : أن له الرجعة وليس بخلع ، وروى عنه : أنها واحدةٌ بائةٌ ، وأكثر الرواة عنى أنها غير بائن ، لأنه إنما تخلع بمال يأخذه منها ، فلزمه بذلك سنة الخلع ، وإذا لم يأخذ منها فليس بخلع وهو رجلٌ طلق^(١) وأعطى^(٢) .

قال ابن المواز : وإذا جرى ذلك بينهما بمعنى الخلع والصلح وإن لم يقولا هـي واحدةٌ بائةٌ .

- قال الشيخ : كمن خالعه على ما لا يصح تمكه كالخمر والخنزير - .

قال ابن المواز : وأما إن لم يجر على ذلك فله الرجعة^(٣) .

قال الشيخ : وكمن طلق بغير عوض .

(١) "طلق" ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٤٢، ٤٤٣ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

(٣) نظر : النوادر والزيادات ل ٢٢٨/أ .

[فصل ٤ — فيمن قال : أنت طالق طلاق الخلع]

ومن المدونة : وقال غيره^(١) فيمن قال لمدخول بها : أنت طالق طلاق الخلع ، فهي البتة ، لأنها لا تكون واحدة / بائةً إلا بخلع^(٢) .

[١/١١٧]

ومن الواضحة : هذا قول ابن الماجشون^(٣) .

وقال ابن القاسم في الذي قال لامرأته : أنت طالق^(٤) طلاق الخلع : إنها واحدة بائةً^(٥) .

وقاله أصبغ في قوله : أنت طالق طلاق الخلع ، أو كما طلق فلان زوجته ، وفلان خالعه .

قال أصبغ : وإن كان فلان إنما طلقها واحدة قبل البناء فتلزم هذه طلاقاً كما طبقت تلك طلاقاً^(٦) ، ولكن لا تبين بها ، لأن عليها العدة وإنما بانت تلك إذ لا عدة عليها .

وقال مطرف : قوله : أنت طالق طلاق الخلع ، كقوله : أنت طالق واحدة لارجعة لي عليك فيها ، فهي واحدة وله الرجعة ، لأن الخلع والمباراة لا تكون إلا بشيء يأخذه منها أو تضعه عنه ، وما عدا ذلك فطلاق رجعية ، وذكر الخلع ساقط بقوله : أنت طالق واحدة بائةً .

قال ابن حبيب : ويقول ابن الماجشون أقول^(٧) .

(١) أي غير مالك .

(٢) انظر : المدونة ٤٤٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

(٣) انظر : النواذر والزيادات ل ٣٢٢/أ .

(٤) "طالق" ليست في أ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل ٣٢١/ب .

(٦) أي التي قال لها : أنت طالق كما طلق فلان زوجته ، وفلان خالعه .

(٧) "أقول" ليست في أ ، ب .

[الباب السادس]
في الخلع على أخذ الولد أو على نفقته
أو على^(١) طرم سكناها

[فصل ١ — في الخلع على أخذ الولد]

قال مالك : وإذا خالعهما عني أن يكون الولد عنده ، فالخلع جائز ، وله شرطه إلا أن يضر ذلك بالصبي ويخاف عليه إن نُزِعَ منها ، مثل أن يكون يرضع وقد عُلِقَ بها فلا سبيل له إليه^(٢) .

قال ابن القاسم : وإذا خرج الصبي من حدِّ الاضرار به والخوف عليه كان له أخذه منها حيثنل به بشرطه^(٣) .

قال ابن الماجشون^(٤) : إن كان الولد صغيراً أنزله الخلع ولها أن ترجع في ولدها فتأخذه ولا يلزمها الشرط ، لأن الحضانة حقٌّ للولد فليس للأم قطعها^(٥) ، وهذا لا اختلاف فيه عندنا^(٦) .

وذكر عن أبي عمران في قول ابن القاسم إن ذلك جائز إذا لم يضر ذلك^(٧) بالولد ، هل ذلك له فيمن^(٨) ليس له جدّة ، أو يتم ذلك له^(٩) ولاحق للجدّة فيه؟ فقال : القياس أن لا يسقط حق الجدّة مثل ما إذا خالعهما أو طلقها وتركت حقها في الولد من غير شرطٍ أن الجدّة أولى به^(١٠) .

(١) "على" ليست في ز .

(٢)، (٣) انظر : المدونة ٣٤٤/٢، ٣٤٤، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

(٤) في ز "ابن القاسم" ، وهو خطأ .

(٥) في ز "مطلقاً" .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٣٠/ب .

(٧) "ذلك" ليست في ز .

(٨) "فيمن" ليست في ز .

(٩) "له" ليست في أ ، ب .

(١٠) تهذيب الطالب ل ٥١/ب .

[فصل ٢ — في الخلع على نفقة الولد]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا خالعهما على أن ترضع ولده وتنفق عليه مادام في الحولين جاز ذلك ، وإن ماتت كان الرضاع والنفقة في مالها ، وإن مات الولد قبل الحولين فلا شيء للزوج عليها .

قال مالك : ولم أر أحداً طلب ذلك^(١) .

ابن المواز : كمن صالح على إسقاط نفقة الحمل فأسقطت سقطاً فلا تتبع^(٢) .

قال عبد الملك : لأنها على ذلك ضمننت ،^(٣) ورواه أشهب عن مالك ، وروى أبو الفرج أن قول مالك أنه يتبعها في موت الصبي^(٤) .

قال مالك : إن عجزت هي عن نفقة الولد رجعت النفقة على الأب ويتبعها بها ، وقاله أشهب وعبد الملك وابن القاسم ، وقال أيضاً ابن القاسم : لا يتبعها ، وقاله أصبغ^(٥) .

ومن المدونة : قال مالك : وإن شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين أمداً سميها تم الخلع ولزمها نفقة الولد^(٦) في الحولين فقط ، ولا يلزمها ماناف على الحولين^(٧) .

قال ابن القاسم : وكذلك إن شرط عليها الزوج نفقة نفسه سنة أو سنتين تم الخلع ، ولم يلزمها من نفقة الزوج شيء .

(١) قال ابن القاسم : ورأيت مالكا يذهب إلى أنها إنما أبرأته من مؤنة ابنه في الرضاع حتى تقطعه فإذا هلك قبل ذلك فلا شيء للزوج عليها .

انظر : المدونة ٣٤٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

(٢) انظر : التواضع والزيادات ل ٢/٣٣٠ .

(٣) ساقط من ز .

(٤)، (٥) انظر : المصدر نفسه ل ٢/٣٣٠ .

(٦) "الولد" ليست في أ ، ب .

(٧) "ولا يلزمها ماناف على الحولين" ليست في أ ، ب .

وقال المخزومي : يلزمها نفقة الزوج ونفقة الولد بعد الحولين كالخلع بالغرر
وقاله سحنون^(١) .
قال الشيخ : وهو الصواب ، وقد اُخْتُجَّ لقول^(٢) ابن القاسم احتجاجٌ
ضعيفٌ فتركتُه .

[فصل ٣ - في الخلع على ألا سكنى لها]

قال ابن القاسم : وإن خالعه على ألا سكنى لها^(٣) عليه ، فإن أراد إلزامها
كراء المسكن جاز ذلك / إن كان المسكن لغيره ، أو كان له وسمي الكراء ، وإن [١١٧/ب]
كان على أن تخرج من مسكنه تم الخلع ولم تخرج ، ولا كراء له عليها^(٤) ^(٥) .

(١) انظر : المدونة ٣٤٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

(٢) "قول" ليست في ز .

(٣) "لها" ليست في ز .

(٤) "عليها" ليست في أ .

(٥) فتسكن بغير شيء .

انظر : المدونة ٣٤٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

[الباب السابع]
في الخلع على دين مؤجل أو سلف
أو خمر أو حلال وحرام^(١)

[فصل ١ — في الخلع على دين مؤجل أو سلف]

ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم عما جرّ نفعاً من السلف^(٢) .
 قال مالك : وإذا كان لأحد الزوجين على الآخر دين مؤجل فخالعها على تعجيله قبل محله جاز الخلع ورد الدين إلى أجله^(٣) .
 قال غيره : وإن كان الدين عليه وهو عينٌ [مما]^(٤) له تعجيله قبل محله فذلك جائزٌ وليس بخلع ، وهو كرجلٍ طلق وأعطى فهي طلاقٌ واحدةٌ وله الرجعة عنده ، وإن كان الدين عرضاً أو طعاماً من بيعٍ مما لا يجوز لسزوج تعجيله إلا برضى المرأة ولاستطيع المرأة قبضه إلا برضى الزوج فهذا يكون بتعجيله خلعاً ولا رجعة له ، ويرد الدين إلى أجله ، لأنه إنما طلق على أن تحط عنه الضمان الذي كان عليه إلى أجل^(٥) ، وإنما طلاقه إياها على أن يعجل لها ذلك ، كما لو زادها دراهم أو عرضاً سواه على أن يعجل لها ذلك لم يجز ، وكان حراماً ، ورد الدين إلى أجله ، وأخذ منها ما أعطاه ، وكما لو طلقها على أن أسلفته سلفاً لزمه الطلاق ، ورد السلف لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عما جرّ نفعاً من السلف^(٦) .

(١) في ز "أو" بدل الواو .

(٢) هذا الحديث أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي بن أبي طالب بلفظ "أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جرّ منفعة" وفي إسناده سوار بن مصعب ، وهو مزكوك ، انظر : التلخيص الجبر ٣/٣٤ رقم (١٢٢٧) .

وأخرجه البيهقي موقوفاً على فضالة بن عبيد بلفظ : "كل قرض جرّ منفعة فهو وجهٌ من وجوه الربا" كتاب البيوع ، باب كل قرض جرّ منفعة فهو ربا ٥٧٣/٥ رقم (١٠٩٣٣) .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٤٤، ٣٤٥ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

(٤) من تهذيب المدونة .

(٥) إلى أجل "ليست في ز .

(٦) انظر : المدونة ٢/٣٤٤، ٣٤٥ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

قال بعض فقهاءنا : إذا كان لها الدين عيناً عليه^(١) ، فخالعها على تعجيله ، فهو رجلٌ طلق وأعطى كما قال غيره ، ولا يدخل هاهنا سلفٌ جرّ منفعةً لسقوط النفقة عنه في العدة ، لأن له أن يخلعها من نفسه بلا مال ، أو يقول لها : أنت طالق طلاق الخلع ؛ فتكون طليقة تمتك بها نفسها ولا نفقة لها فيثبت بذلك أنها ما أسقطت عنه ما لا يقدر على إسقاطه ؛ هذا على قول ابن القاسم الذي يرى أن^(٢) الخلع من غير أن تدفع المرأة ، وأما على قول غيره الذي يرى أن الخلع إنما يكون بشيءٍ تدفعه المرأة فتدخله علة إسقاط النفقة لتعجيل دينها فيدخله سلفٌ جرّ منفعةً إذا كانت مدخولاً بها .

قال : ورأيت لابن الكاتب أنه قال : وجه قول مالك في تعجيل ما على الزوج من العين ، أنه سلفٌ جرّ منفعةً إذا كانت مدخولاً بها ، لأنه لو لم يخالعها على هذا كانت طليقةً غير بائنة ، ولزمته النفقة في العدة ، فتعجيله الدين سلفٌ جرّ منفعةً وهي إسقاط النفقة ، يوضح ذلك أنه إنما تكون طليقةً بائنةً إذا جرى ذلك بينهما على وجه المبارة ، إذ لو طلقها هو من غير أن تجري لها في ذلك أمرٌ لم تكن طليقةً بائنةً بإجماعهم وإن أعطاهما في ذلك مالاً ، وإنما اختلف قول مالك إذا أعطى وطلق فيما جرى منهما جميعاً على جهة المبارة ، فلما كانت البيونة لا تصح إلا برضاها كانت كأنها لم ترض له^(٣) بإسقاط نفقة عدتها إلا باستعجال دينها^(٤) .

ومن كتاب ابن المواز وكتاب ابن سحنون : إذا صالحها على أن عجلت له بعض دينه وأسقط عنها البعض بطل التعجيل والوضيعة ، وتمّ الفراق ، لأنه إنما فارق ووضع على أن تُعجل وذلك حرامٌ كله^(٥) .

(١) في ز "إذا كان له الدين عليها عيناً" .

(٢) "أن" ليست في ز .

(٣) "له" ليست في ز .

(٤) انظر : تهذيب الطالب لـ ١/٥٠ ب ، ١/٥١ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٢٩ ب .

قال مالك : وإن كان الدين عليه فصالحها على أن يعجل لها بعض دينها ووضعت عنه بقيته ؛ فالوضيعة نافذة ، وترد إليه ماعجل لها لتأخذه منه إذا حل أجله^(١) .

قال الشيخ : كمن خال عى حلالٍ وهي الوضيعة وحرامٍ وهو التعجيل فيرد الحرام ويمضي الحلال ، وهو نحو ماقدمناه لابن المواز .

قال ابن القاسم : وكذلك إن صالحها على إن أخرته بدين لها عليه إلى أجلٍ فالخلع جائزٌ ولها أخذه / بالمال حالاً^(٢) .

[١، ١١٨]

قال ابن القاسم : وكل ما رددنا من مثل^(٣) هذا أو أجزنا الخلع فيه لم يرجع عليها الزوج بصداق المثل ولا غيره^(٤) .

قال ابن المواز : إذا صالحها على أن عجل لها دينها ، فإن لم يكن في ذلك وضیعة ، ولا جرّ تفعاً ، فذلك جائزٌ ، وكذلك إن أخرها بدين له عليها ولا نفع له في ذلك ، وإن حطته بعض دينها وعجل لها بعضه ، أو أخرته به ، فالخطيئة ماضية في الخلع ، ويرد ماعجل لها ويطل التأخير^(٥) .

قال الشيخ : كمن خال زوجته على حلالٍ وحرامٍ فإنه يجوز منه الحلال ويطل الحرام^(٦) .

قال ابن المواز : وإن تزوجت على عشرة نقداً وعشرين إلى أجل فصالحته قبل أن ينقدها شيئاً ، وقبل البناء بها على العشرة النقد وطرحت ما بقي ، فانطلاق ماضٍ وترد خمسة وتبقى عليه إلى الأجل ثم تأخذها منه^(٧) .

(١) تهذيب الطال ل ١/٥١ .

(٢) تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

(٣) "مثل" ليست في ز .

(٤) المصدر نفسه ص ١٠٠ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ١/٥١ .

(٦) وسيأتي ذكر ذلك قريباً من المدونة .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٢٩/ب .

قال الشيخ : لأن الواجب لها بالطلاق نصف صداقتها وهو خمسة نقداً أو عشرة إلى أجل فقد أعطائها الآن الخمسة النقد ، وعَجَّل لها خمسة من العشرة الموجلة على^(١) إن حطته الخمسة الأخرى فأنزمتها الحطيطة للخلع ورددنا الخمسة إلى أجلها لأنها من صَغُ وتَعَجَّل^(٢) .

قال ابن المواز : وإن كان على ستين دیناراً يبقى لها إلى أجله ، وأما على خمسة عشر فهي لها ، ولا ترد شيئاً ، إذ ليس في ذلك وضیعة شيء^(٣) .

[فصل ٢ - في الخلع على خمر]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن خالعهما على خمر تم الخلع ولا شيء له ، وإن قبضها أهرِيقَتْ عليه^(٤) .

قال عبد الوهاب : وقال الشافعي : يرجع عيها بصدّاق المثل^(٥) ، ودليلنا^(٦) أنه لما رضي أن يعتاض ما لا يصح تملكه كان راضياً بسقوط العوض فلم يجب له بدل ، ولأنه معنيّ يصح أن يوقع بغير بدل ، ويفوت بنفس وقوعه ، فإذا أوقعه بما لا يصح تملكه كان كمن أوقعه بغير شيء .

وقال أبو حنيفة : تكون طلاق رجعية^(٧) ، ودليلنا عليه : أنه طلاق أوقعه على وجه الخلع فكان بائناً كما لو صح العوض^(٨) .

(١) "على" ليست في ز .

(٢) صَغُ وتَعَجَّل إحدى صور الربا ، وهو أن يقول المدين : ضع من رأس المال وتَعَجَّل من سداد الدين .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٢٢٩ ب .

(٤) انظر : المدونة ٣٤٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

(٥) انظر : الأم ٢٩٤/٥ ، مختصر المزني مع الأم ٢٠٣/٩ .

(٦) أي على أنه لا يرجع عليها بشيء .

(٧) أي إن خالعهما على خمر .

انظر : مختصر القدوري مع شرحه اللياب ٦٥/٣ ، تحفة الفقهاء ٢٠١/٢ .

(٨) انظر : المعونة ٨٧٢/٢ ، ٨٧٣ .

قال الشيخ : قيل في قول ابن القاسم : فإن تَخَلَّلَ الخمر بيد الزوج فإنها له لأنها قد عادت حلالاً ، وسواء كانت الزوجة مسلمة أو نصرانية^(١) .

[فصل ٣ — في الخلع على حلالٍ وحرام]

ومن المدونة : وإن خالعهما على حلالٍ وحرامٍ جاز منه الحلال وبطل الحرام كمالٍ وحر^(٢) .

وفي الباب الأول من الخلع تفسير الخلع والمباراة والفدية وأن ذلك كله طلاقٌ بائنة^(٣) .

(١) وإن لم يتخلَّل فإنه يراق .

انظر : تهذيب الطالب ل ٥١/ب .

(٢) انظر : تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

(٣) انظر ص ٤٧٢ .

[الباب الثامن]

فيمن قالت لزوجها : خالعتني بكذا أو قال له ذلك أجنبني
وكيف إن وجدت عديمة أو أتبع الخلع طلاقاً
والخلع يقيم بعد بتات طلاق أو فساد نكاح أو عيب
والدعوى في الخلع

[فصل ١ — فيمن قالت لزوجها : خالعتني،
وكيف إن وجدت عديمة]

قال مالك : وإن قالت له : خالعتني أو^(١) بارني ، أو طقني على ألف درهم
أو بألف درهم ، فهو سواء ، وإن أصابها عديمة جاز الخلع واتبعها بالدراهم ، وإن
ذلك إذا صالحها بكذا وكذا ، أو ثبت الصنع ورضي بالذي تعطيه يتبعها به .
قال ابن القاسم : وأما أن يكون إنما صالحها على أنها أن أعطته الألف تم
الصلح فلا يلزمه الصلح إلا بدفع^(٢) .
قال في كتاب ابن المواز : أو يقول : على أن تعطيني الساعة ، أو أخالعتك
على أن تعطيني ، فلم تعطه فهذا لا يلزمه الصلح^(٣) .
ومن المدونة : وإن قالت له : بعني طلاقاً بألف درهم ، ففعل جاز ذلك .
قال مالك : وإن قالت له : خالعتني ولك ألف درهم ، فقال لها : قد
خالعتك ، لزمته الألف ، وإن لم تقل بعد قولها الأول شيئاً ، وإن قال له رجل :
طلق امرأتك ولك ألف درهم ، ففعل لزم ذلك الرجل الألف^(٤) .

(١) في أ ، ب "على أن" .

(٢) انظر : المدونة ٣٤٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٣٠/أ .

(٤) انظر : المدونة ٣٤٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

فصل [٢ - فيمن أتبع الخلع طلاقاً]

قال مالك : / وإذا أتبع الخلع طلاقاً من غير صماتٍ نسقاً لزم ذلك ، وإن [١١٨]
كان بين ذلك صماتٌ أو كلامٌ يكون قطعاً لذلك لم يلزم الطلاق الثاني ^(١) .
ابن وهب : وقد قال عثمان بن عفان رضي الله عنه : الخلع مع الطلاق
اثنان ، وقال ابن أبي سلمة : إذا لم يكن بينهما صمات ، ومن فعل ذلك فقد
أخطأ السنة ، وإنما الخلع واحدة إذا لم يسم طلاقاً ^(٢) .

فصل [٣ - في الخلع يقع بعد بتات طلاق أو فساد نكاح ، أو عيب]

قال ابن القاسم : وإن خالعهما على شيء ثم تبين أنه قد أبتها قبل ذلك أو
حلف بطلاقها البتة أن لا يخالعهما ، أو أنه نكحها وهو عيرم ، أو أنها أعتته من
الرضاعة ، أو مما لا يقرآن عليه ^(٣) ، أو انكشف أن بالزوج جنوناً أو جذاماً فالخلع في
ذلك كله ماضٍ وترجع عليه بما أخذ منها ، لأنها كانت أملك بفراقه ، وفراقها إيساه
من أجل الجنون والجذام فسحق بطلاق ^(٤) .

قال الشيخ : وذكر عن بعض فقهاء القرويين : إن قيل ما الفرق بين أن
يخالعهما على مالٍ ثم يظهر أنها مطلقة ، أو كاتب عبده ويتأدى منه ثم يظهر أنه
كان أعتقه وهو منكّر في الوجهين فالزمه أن يرد في الخلع ولم يلزمه أن يرد في
الكتابة؟ فالفرق : أن للسيد أن يستسعي عبده ويتزرع ماله ولا يزيل ملكه عنه إلا ^(٥)

(١) انظر : المدونة ٣٤٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

(٢) المدونة ٣٤٦/٢ .

(٣) أي من النكاح ، والخلع فيما ذكر ماضٍ ، وترجع عليه بما أخذ منها لأنه في هذه الأحوال
المذكورة لم يرسل من يديه شيئاً بما أخذ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٣٤٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

(٥) في أ ، ب زيادة "في" .

الحكم عليه ، والزوجة ليس له سبيلٌ إلى مالها وهو كأجنبيٍّ فيه فلا يصل إليه إلا بحق ، فإذا ثبت طلاقه قبل ذلك^(١) فقد أخذه بغير حقٍ فافترقا^(٢) .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق واحدةٌ إن صالحتك ، ثم صالحها قال : لا ترجع عليه بشيءٍ وهو كمن قال لعبده : إن قاطعتك قبل السنة فأنت حر ، ثم قاطعه فلا يرجع عليه بشيء .
قال عيسى : لأنه لما حنث بطلاقه كانت له الرجعة ، وصارت عطية المرأة فيما قطعت عنه ماله من الرجعة ، وكذلك عطية العبد فيما تعجل من العتق قبل السنة^(٣) .

ولو قال : إن صالحتك فأنت طالق ألبتة ، ثم فعل ؛ فهذا يرد مأخذ ، وكذلك في العبد إذا لم يقل : إلى سنة ، فهو يرد مأخذ إذا قاطعه^(٤) .
وإن انكشف بعد الخلع أن بها جنوناً أو جُذاماً أو برصاً^(٥) كان له مأخذ منها وتم الخلع لأن له أن يقيم^(٦) ، ولو تركها أيضاً بغير خلع كان فسخاً بطلاق^(٧) .
وقال في كتاب النكاح الثاني^(٨) : وإن ثبت أنه تكح بغيرٍ أو بغير وليٍّ فاختلعت قبل البناء بمال فذلك ماضٍ وله مأخذ^(٩) .
قال سحنون : هذه ترد إلى ما في كتاب الخلع أنه يرد مأخذ منها^(١٠) .

(١) "ذلك" ليست في ز .

(٢) انظر : تهنيب الطالب ل ٥١/ب .

(٣) في ز زيادة " كذلك" .

(٤) انظر : العتية مع اليان والتحصيل ٦/٢٤٠، ٢٤١ ، التوادر والزيادات ل ٣٣٢/٢ .

(٥) "أو برصاً" ليست في ز .

(٦) أي على النكاح .

(٧) انظر : المدونة ٣٤٧/٢ .

(٨) أي ابن القاسم ، وهو كتاب النكاح الثالث في المدونة المطبوعة .

(٩) انظر : المدونة ٢/٢٤٤، ٢٤٥ .

(١٠) وقال : لأنه لا يأخذ مالها إلا بما يجوز له إرساله من يديه وهو لم يرسل من يديه إلا ما هي أملك به منه ، لأن هذا النكاح مما يُقبلان على فسخه .

انظر : المصدر نفسه ٢/٢٤٥ .

قال ابن المواز : وليس له رجوع بالصدّاق على من غرّه كعيبٍ ذهب .

قال ابن المواز : وإنما لا يرد ما أخذ فيما لأحدهما^(١) المقام عليه^(٢) .

قال الشيخ : فيصير هذا قولاً ثالثاً ، لأنه إذا وجدت بالزوج جنوناً أو جُذاماً

فللزوجة الرضى بذلك ، فإذا خالعه على شيءٍ دفعته إليه ثم اطلعت على الجنون أو

نحوه لم يكن لها أن ترجع عليه بشيءٍ خلاف قول^(٣) ابن القاسم^(٤) ، وإن تزوج بغير

أو بغير ولي ، ثم خالعه قبل البناء فإنه يرد ما أخذ منها كما ذهب إليه سحنون^(٥) .

قال الشيخ : وماتله سحنون أبينها ، والله أعلم .

[فصل ٤ — في الدعوى في الخلع]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قالت له امرأته : إنك كنت طلقتي

أمس على ألف درهم وقد قبلت ، وقال الزوج : كان ذلك ولم تقبلي ؛ فالقول

قولها . وكذلك قال مالك في الذي ملك امرأته ثم خرج ، فلما رجع ليدخل عليها

أغلقت الباب دونه وقالت : كنت قد ملكتي فقد اخترت نفسي ، وقال الزوج : لم

تختاري ؛ إن القول قولها ، واختلف فيها في المدينة ، ومن قول مالك يومئذ : لا يقضى

في التملك إلا في المجلس^(٦) .

قال بعض شيوخنا : ولا يمين عليها في ذلك ، إذ لو نكلت عن اليمين لم ترد

إليه وإنما تحلف إذا تداعوا فيما وقع به الخلع ، لأنها إذا نكلت حلف هو وغرمت

له .

(١) في أ ، ب "في مال أحدهما" ، وهو تحريف .

(٢) وإنما يرد في نكاح لا يقرآن عليه . انظر : المصنوع نفسه ل ٢٣٢/٢ .

(٣) قول "ليمت في أ" .

(٤) أي بأنها ترجع عليه بما أخذ منها وقد تقدم قريباً .

(٥) كما سبق ذكره .

(٦) انظر : المدونة ٢/٣٤٧، ٣٤٨ ، تهذيب المدونة ص ١٠٠ .

وقوله في الكتاب : ومن قول مالك يومئذ أنه لا يقضى في التملك إلا في المجلس^(١) ، إنما ذكر هذا لئلا يتوهم / متوهم أنه إنما كان القول قولها ؛ لأنها إذا لم تكن قضت^(٢) فقولها الساعة قضاءً على قول مالك أن لها أن تقضي وإن افرقا من المجلس^(٣) .

قال ابن القاسم : وإذا قال لزوجته : خالعتني على هذا العبد ، فقالت المرأة : بل على هذا الثوب ؛ فالقول قولها ، وتحلف إلا أن يأتي الزوج بيينة ، لأن مالكا قال فيمن صالح زوجته على شيء فيما بينهما ، فلما أتى بيينة ليشهد عليها جمحت المرأة أن تكون أعطته شيئاً على ذلك : إن الخلع ثابت ولا يلزمها إلا اليمين^(٤) ، ولو جاء الزوج بشاهد على ما يدعي حلف معه واستحق^(٥) .

قال الشيخ : إن^(٦) قيل : إن ادعى الزوج أن زوجته خالعت على شيء فأنكرت فأحلفها وأزمت الخلع ، هل للزوجة نفقة لأنها تقول : إنما أقررت بالخلع لتسقط نفقتي في العدة ؟

فالجواب عن ذلك : أنها إن أقرت له بالمخالعة لكنها قالت : إنما كانت على غير شيء ؛ فلانفقة لها ، لأنها واحدةً باتفاق^(٧) ، وإن أنكرت الخلع أصلاً فيجب على قول ابن القاسم في قوله : أنت طالق طلاق الخلع ألا نفقة لها لأنها واحدةً باتنةً ، وكذلك على قول من يرى أنها ألبتة ، وأما على قول من يرى

(١) المدونة ٣٤٨/٢ .

(٢) في أ ، ب زيادة "قولها" .

(٣) وهو آخر قول مالك في المسألة ، فقد قال ابن القاسم : وإنما رجع إل هذا القول أن لها أن تقضي وإن قامت من مجلسها في آخر عام فارقاء ، وكان قوله قبل ذلك إذا افرقا فلا قضاء لها إذا كان قد أمكنها القضاء في ذلك قبل قيام زوجها .

المصدر نفسه ٣٤٨/٢ .

(٤) تهذيب الطالب ل ٢/٥٢ .

(٥) في تهذيب المدونة زيادة "فإن نكلت حلف هو واستحق" ص ١٠١ .

(٦) انظر : المدونة ٣٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠١ ، ١٠٠ .

(٧) "إن" ليست في ز .

(٨) "باتفاق" ليست في أ ، ب .

أنها واحدة رجعية فلها النفقة ، وتكون واحدةً يائسةً ، لأنه مقرّر أنه خالعهما على مالٍ وهي تقول : إنما أراد بدعواه ذلك أن يسقط عن نفسه نفقة العدة ، ولا ينفعك قولك : إنك خالعتيني ، على قول من يرى أنها واحدةٌ رجعية^(١) .

ومن العتبية : قال أصبغ : وإذا أقام بينةً أنها صالحته على عبدها فأنكرت ، وأقامت بينةً أنها صالحته على عشرة دنانير ، وكل بينة^(٢) تقول : إنها كانت^(٣) لفظةً واحدةً ومجلساً واحداً^(٤) ، فالبيتان تسقط^(٥) ، والصلح ماض ، وليس له إلا العشرة إن شاء ، وكذلك إن ادعى أنه صالحها بالأميرين جميعاً^(٦) .

قال سحنون عن ابن القاسم : وإذا صالحته على عبده غائب فمات أو وجد به عيباً فقالت : كان ذلك به بعد الصلح ، وقال هو : قبل الصلح ، فالمرأة مدعية ، وعليها البينة ، وإن ثبت أنه مات بعد الصلح فلا عهدة فيه بخلاف البيع^(٧) .

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٢/أ .

(٢) أي جميع الشهود الأربعة .

(٣) "كانت" ليست في ز .

(٤) ثم قال أصبغ : فقال شاهدان : لفظ لفظة فصالح فيها على العبد ورضيت ، وقال آخران : بل تلك اللفظة التي لفظها قد حضرتها معكم ، إنما صالحها على عشرة دنانير .

(٥) قال أصبغ : لأن البينة متكافئة ومكذبة بعضها بعضاً كأنها لم تشهد أصلاً .

(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٠٥، ٣٠٤/٥ .

(٧) تهذيب الطالب ل ٥١/ب ، ٥٢/أ .

[الباب التاسع]
في خلع الأب والوصي والسيد والأمة
وأُم الولد والمكاتبة

[فصل ١ — في خلع الأب والوصي]

قال الله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ يُعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(١) .
 قال مالك : وهو^(٢) الأب في ابنته البكر والسيد في أمته^(٣) .
 قال مالك : ويجوز للأب أو الوصي المباراة على الصغير على النظر والحفظ فيما يأخذ له^(٤) ، كما يُنكِحُه نظراً^(٥) .
 قال ابن القاسم وغيره : ألا ترى أنهما ينكحانه وهو كاره ، لما يريان له من الحفظ في النكاح من المرأة الموسرة ، فكذلك يطلقان عليه بالمال وشبهه ، ولا يلزم الصبي أن يطلقاً^(٦) عليه على غير الخلع وأخذ المال^(٧) .
 قال ابن القاسم : وإن لم يكن للطفل اليتيم وصي فأقام له^(٨) القاضي خليفة كان كالوصي في جميع أموره ولو كان الأب هو الذي عقد نكاح ولده ، ثم مات الأب والابن صغير ، فصالح الوصي عنه امرأته ، جاز ذلك على الصبي ، وتلزم الصبي طلاقاً بائنة في مباراة أبيه أو وصيه ، فإن تزوجها بعد بلوغه أو قبله ، ثم

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٢) أي الذي بيده عقدة النكاح .

(٣) انظر : الموطأ ٤١٧/٢ .

(٤) في أ ، ب "أو" .

(٥) انظر : المدونة ٣٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠١ .

(٦) أي الأب والوصي ، وفي جميع النسخ "يطلقها" .

(٧) انظر : المدونة ٣٤٩/٢ .

(٨) "فأقام له" ليست في أ .

طلقها بعد بلوغه أو قبله^(١) طلقتين ، لم تحل له إلا بعد زوج^(٢) .

فصل [٢ - في خلع السيد]

وإذا زوج الوصي يتيمةً وهو بالغٌ سفيهٌ بأمره ، أو زوج السيد عبده البالغ بغير أمره فذلك جائزٌ عليه ، أو زوج ابنه أو يتيمة قبل البلوغ ثم بلغ سفيهاً لم تجز المباراة على أحدٍ من هؤلاء بغير إذنه لأنه^(٣) ممن يلزمه طلاقه / إن طلق ، [١١٩/ب] ولا يُكرهون على الطلاق^(٤) .

وقال أبو محمد : وروى عيسى عن ابن القاسم في العتية أنه يباري عن السفیه ويزوجه بغير أمره^(٥) .

وقد تقدم في كتاب النكاح الأول الاختلاف في إكراهه على النكاح من كلام ابن حبيب^(٦) .

ومن كتاب الخلع : قال ابن القاسم : وإذا زوج السيد عبده الصغير لم يطلق عليه إلا بشيء^(٧) يأخذه له .

وروى ابن نافع عن مالك ، فيمن زوج وَصِيْفَه مِنْ وَصِيْفَتِهِ^(٨) ولم يلغا ، أنه جائز ، فإن فرق السيد بينهما على وجه النظر والاجتهاد ، جاز ذلك ما لم يلغا . قال ابن نافع : لا يجوز من ذلك إلا ما كان على وجه الخلع^(٩) .

(١) "أو قبله" ليست في ز .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٣٤٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠١ .

(٣) "لأنه" ليست في ز .

(٤) انظر : للمدونة ٣٤٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠١ .

(٥) انظر : التوارد والزيادات ل ٢١٥/ب .

(٦) انظر : ص ١٠٨ .

(٧) في زيادة "بخلع" .

(٨) أي عبده من أمته .

(٩) تهذيب للمدونة ص ١٠١ .

قال مالك : ولأب أن يخالع على ابنته الصغيرة ، وإن كان على إسقاط جميع المهر ، فذلك جائزٌ عليها ، وليس لوصيٍّ أو غيره أن يخالعها من زوجها ، بخلاف مبارأة الوصي عن يتيمة ، والفرق بينهما : أن الوصي يزوج يتيمة ولا يستأمره ولا يزوج يتيمة إلا بإذنها بعد بلوغها ، فكذلك يباري عن يتيمة ولا يباري عن يتيمة إلا برضاها^(١) .

وروى ابن نافع عن مالك في صغيرة زوّجها أبوها أن للخبيفة أن يباري عنها عسى وجه النظر ، ويلزمها ذلك إذا كبرت^(٢) ، فأنكره سحنون وأسقطه ، ولم يقرأه عند السماع .

ومن العتبية : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في التي لم تبلغ المحيض وقد بنى بها الزوج فصالحته على مالٍ أعطته فذلك نافذ ، وله ما أخذ إن كان ما [أعطته]^(٣) يصلح به مثلها^(٤) .

وقال أبو بكر بن اللبّاد : المعروف من قول أصحابنا أن المال مردودٌ واخلع ماض^(٥) .

وقال سحنون في اليتيمة البالغة تفتدي من زوجها قبل البناء : فذلك جائز ، وله ما أخذ ، ولارجوع لها فيه^(٦) .
قال في كتاب ابنه : ومن^(٧) يُجزّهُ لم أُعْتَفَ فيما اختار^(٨) .

(١) انظر : المدونة ٢/٣٥٠ ، تهذيب المدونة ص ١٠١ .

(٢) المصدر نفسه ص ١٠١ .

(٣) من العتبية .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٢٩٢ .

(٥)، (٦) تهذيب الطالب ل ٥٢/٢ .

(٧) "من" ليست في أ ، ب .

(٨) التوادر والزيادات ١٥/٣٣١ .

وقال أصبغ : لا يجوز مبارأة الصغيرة غير البالغ أو السفهية ، وكذلك بعد موت أبيها قبل البناء ؛ ويرد ما أخذ منها ، ويمضي الفراق ولو أخذ الزوج حملاً بما يدركه في نصف الصداق الذي بارأته به فغرمه ؛ رجع به على الحميل^(١) كالتى يبري عنها أبٌ أو أخٌ بغير علمها ، إلا أن هذه يرجع فيها الزوج بما ودى فيأخذه ممن يباري عنها ، ولا يرجع في مبارأة الصبية^(٢) الحميل بما غرمه للزوج على أحد^(٣).

[فصل ٣ - في خلع الأب على ابنته بعد البناء]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا خالع الأب على ابنته الثيب بعد البناء وهي بالغٌ على أن ضمن للزوج الصداق فلم ترض الابنة بطلب الأب ؛ أعذت به الزوج ورجع به الزوج على الأب ، وكذلك الأخ في هذا بمنزلة الأب . - قال ابن القاسم ؛ وكذلك الأجنبي - وإن خالعه الأب بعد البناء وقبل بلوغها على أن تترك لزوجها جميع المهر جاز ذلك عليها ، ثم لأبيها إذا رجعت إليه قبل البلوغ أن يزوجه كما يزوج البكر ، ويجوز إذنه عليها^(٤).

قال ابن القاسم وأشهب : وذلك ما لم تحض^(٥).

وقال سحنون : يزوجه^(٦) وإن حاضت^(٧).

قال الشيخ : وقد تقدم إيعاب هذا وشرحه في كتاب النكاح^(٨).

(١) في جميع النسخ زبدة "واو".

(٢) في أ ، ب "الصبي".

(٣) قال ابن أبي زيد : يريد - أي أصبغ - لو لم يأخذ بذلك ضماناً .
المصدر نفسه ل ٢٣١/١ .

(٤) انظر : المدونة ٣٥٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠١ .

فإن بلغت المحض فهي كالثيب البالغ يجب عليه استئذانها .

(٥) انظر : للتراور والزيادات ل ٢١٣/ب .

(٦) أي بغير رضاها .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل ٢١٣/ب .

(٨) وهو الأول ، انظر : ص ٢٦ .

فصل ٤ — في خلع الأمة

قال مالك : ولا تختنع أمة ولا أم ولد من زوج بماله إلا بإذن السيد ، فإن فعلا بغير إذنه كان له رد العطية ونزوم الزوج الصلح ، ويرد ما أخذ ، ولا يبيع به الأمة إن عتقت ، وأكره أن يزوج الرجل أم ولده ، فإن جهل وفعل لم يفسخ إلا أن يكون أمراً بيناً من^(١) الضرر بها فيفسخ^(٢) ، وقد تقدم هذا في كتاب النكاح^(٣) .

فصل ٥ — فيما تبذله المكاتبة في الخلع

ويجوز ما خالعت به المكاتبة ، أو^(٤) وهبت من مالها بإذن السيد^(٥) .
سحنون : وذلك في الشيء اليسير التافه ، وأما ماله القدر فلا ، لأن ذلك داعية إلى عجزها^(٦) .

-
- (١) "من" ليست في ز .
 - (٢) انظر : المدونة ٣٥١/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠١ .
 - (٣) انظر : ص ٩٧ .
 - (٤) في ز "أو" بدل "أو" .
 - (٥) انظر : المدونة ٣٥١/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠١ .
 - (٦) أي عن أداء مال الكتابة .

[الباب العاشر] في الخلع في المرض

قال مالك : ومن خالع زوجته في مرضه جاز له مأخذ منها ، فإن مات في مرضه ذلك ورثته ، وإن ماتت هي لم يرثها^(١) .

قال / أبو عمران : وترث المرأة من المال الذي أعطته^(٢) ، ومثله لابن [١٢٠٦/٢] المواز^(٣) .

قال مالك : وكذلك إن مكها في مرضه ، أو خيرها فاختارت نفسها ، أو طلقها طلاقاً بائناً في مرضه بأي وجه كان فإنه لا يرثها إن ماتت ، وهي ترثه إن مات من ذلك المرض ، لأن الطلاق جاء من قبله .

قال مالك : وإن اختلعت منه في مرضها وهو صحيحٌ بجميع ما لها لم يحز ولا يرثها^(٤) .

قال ابن القاسم : وأنا أرى إذا اختلعت منه على أكثر من ميراثه فله قدر ميراثه ، وأما على قدر ميراثه منها فأقل فذلك جائز ولا يتوارثان^(٥) .

وقال ابن نافع : إذا خالعه على أكثر من ميراثه لزمه الطلاق ولا يجوز له من ذلك إلا قدر ميراثه مثل مافسر ابن القاسم .

قال ابن نافع عن مالك : ويوقف المال حتى تصح أو تموت^(٦) .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك في المريض يخالع امرأته : فذلك جائز وله مأخذ منها وترثه - مما أخذ منها ومن غيره^(٧) - .

(١) انظر : المتنونة ٣٥٢، ٣٥١/٢ ، تهذيب المتنونة ص ١٠١ .

(٢) ومن غيره .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٢/ب ، وقوله : ومثله لابن المواز ، من قول عبد الحق الصقلي .

(٤)، (٥)، (٦) انظر : المتنونة ٣٥٢/٢ ، تهذيب المتنونة ص ١٠١ .

(٧) ما بين الشرطتين من قول ابن المواز كما في النوادر ، وقد تقدمت الإشارة إلى هذا القول أول

قال مالك^(١) : وإن كانت هي المريضة لم يجر الخلع .
ابن المواز : ومالك قول آخر^(٢) أبين من هذا ، وروى عنه ابن عبد الحكم أنه يكون له منه خلع مثلها ويرد ما بقي .

ابن المواز : وثم جواب أحسن من هذا ، إذ لاثمة فيه وهو قول ابن القاسم إن ماتت من ذلك المرض فله قدر ميراثه منها ، وقاله أصبغ . وقال : يوقف ذلك ولا يمكن منه ، فإن صحت أخذه^(٣) ، وإن ماتت أخذ منه قدر ميراثه من التركة يوم ماتت لا يوم الصلح ، وإن كان أقل من ميراثه فله الأقل ، ولا يحسب عليها ما أنفقت على نفسها في مصالحتها .

ابن المواز : ولا ماتلف ، ويحسب^(٤) ماصالحته به من التركة ، وليس لها تعمد تلف مالها من غير مصلحة ، وإن أوصت بشئ فذلك في ثلث بقية تركتها بعد عزل ماصالحوا به ، ثم يضاف ذلك إلى ما بقي بعد الوصايا فيأخذ قدر ميراثه منه إلا أن يكون ماصالح به أقل فيأخذ الأقل^(٥) .

ومن العتبية : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم : قال مالك : إنما ينظر ؛ فإن كان قدر ميراثه منها قدر^(٦) الصلح أو أقل نفذ ذلك للزوج ، ولاتبالي كان أكثر من ميراثه منها يوم الموت أو أقل ، هلك مالها أو بعضه قبل أن تموت ؛ أو بقي ولا شئ للورثة عليه ، وقد انقطع الأمر بينهم يوم وقع الصلح ، وكأنه حكم مضى بأمر جائز ، ولأن الذي أخذ الزوج لو هلك لم يرجع على الورثة بشئ من قيمته ، ومصالحتها بالذي أعطته كبيع من البيوع^(٧) .

(١) قال مالك " ليست في أ .

(٢) " آخر " ليست في ز .

(٣) وقال : ولو صحت وقد تلف فمصيبته منه .

(٤) في أ ، ب " ولا يحسب " .

(٥) انظر : النوار والزيادات ل ٣٣٢/ب .

(٦) في أ ، ب " يوم " .

(٧) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٩٠/٥ ، ٢٩١ ، النوار والزيادات ل ٣٣٢/ب .

[الباب الحادي عشر]
فيمن خالع ثم ظاهر أو آلى أو حنث في يمينين بطلاقها
وجامع مسائل منه

[فصل ١ — فيمن خالع ثم ظاهر أو آلى]

قال ابن القاسم : ومن صالح امرأته ثم ظاهر منها في عدتها أو آلى منها نزمه الإيلاء ولم يلزمه الظهار ، إلا أن يقول : إن تزوجتك ، أو يُجري قبل ذلك من الكلام ما يدل عليه ، فيلزمه الظهار إن تزوجها ، لأن ما كُتِبَ قال فِيمَن خَالَع إحدى امرأتيه فقالت له الأخرى : ستراجعها؟ فقال : هي طالقٌ أبداً ، ولانية له ؛ قال : فإن تزوجها طَلَّقَتْ عليه مرةً واحدةً ، وكان عاطباً ؛ لأن ما كُتِبَ جعله جواباً لكلام امرأته^(١) .

وفي غير المدونة : من قال لامرأته : أنت طالقٌ أبداً ، إنها ثلاث^(٢) .
 قال الشيخ : وحكي عن بعض القرويين : أن هذا ليس بخلاف لما في المدونة وأن معنى مسألة المدونة^(٣) : أنه إنما وقع له التأيد على الرجعة ، كأنه لما قالت له امرأته : ستراجعها؟ قال : إن رجعتها أبداً فهي طالقٌ ، فذلك لزمه طلاقٌ ، وصَوَّبَ هذا القول بعض أصحابنا^(٤) .

قال الشيخ : وظاهر المدونة خلاف ذلك ، وأنه إنما وقع التأيد على الطلاق / لأنه لما قالت له امرأته : ستراجعها؟ قال : هي طالقٌ أبداً ، يريد إن راجعتها ، [١٢٠/ب] فعلى هذا التأويل يصير في قوله : أنت طالقٌ أبداً ، قولان ؛ قولٌ : إنه واحدةٌ ، وقولٌ : إنه ثلاثٌ . والله أعلم .

(١) انظر : المدونة ٣٥٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠١ .

(٢) انظر : النكت والفروق ل ٧٦/ب .

(٣) أي التي تقدمت قريباً وفيها قال الزوج عن زوجته المعالمة : هي طالقٌ أبداً .

(٤) انظر : للصدر نفسه ل ٧٦/ب .

[فصل ٢ — فيمن حنث في يمين بطلاق زوجته]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فصالحها ثم دخلتها بعد الصلح ، لم يلزمه طلاق .

قال مالك : وإن قال لها : إن لم أقض فلاناً حقّه إلى وقت كذا فأنت طالق ثلاثاً^(١) ، فلما جاء الوقت وخاف الحنث صالحها فراراً من أن يقع عليه الطلاق فبئس ماصنع^(٢) ، ولا يعجبني أن يفعل ذلك ، فإن فعل لم يحنث إن لم يقض فلاناً حقّه ، لأن الوقت مضى ، وليست له بامرأة .

قال ابن القاسم : ولو تزوجها بعد الوقت لم يحنث ، قضى فلاناً حقّه أم لا ، وإن صالحها بدراهم أو طعام أو عرض موصوف إلى أجل جاز ، وله أن يأخذ بذلك رهناً أو كفيلًا ، ولا يبيع الطعام قبل قبضه ، لأنه محمل البيع ، وإن صالحها على دين فباعه منها بعرض إلى أجل ، أو صالحها على عرض موصوف إلى أجل فباعه منها بدين إلى أجل لم يجز ، لأنه دين بدين ، ويرجع فيكون له الدين الأول ، وإن صالحها على عبد بعينه على ألا يقبضه إلا إلى أجل من الآجال فهو حال ، والخلع جائز ، والأجل فيه باطل^(٣) .

قال سليمان^(٤) : قال سحنون : الخلع جائز ، والعبد إلى أجله كما إذا خالعه بيمين في بطن أمه فلا يكون له إلا^(٥) إذا خرج^(٦) .

(١) "ثلاثاً" ليست في ز .

(٢) قال أبو عمران : الظاهر من قوله : فيمن ماصنع ، أن الخالف إن كان مياً فقد جاز وظلم فيما فعل ، إذ وثق ذلك بيمينه ، وأما إذا كان عدماً فما ظلم إلا أن يخاف من الغريم إن أيسر يوماً أن يتراخى عن دفع الدين فيمكن أن يكره ذلك لهذا . تهذيب الطالب ل ٥٢/ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٥٤، ٣٥٥ ، تهذيب المدونة ص ١٠١ .

(٤) هو القاضي أبو الربيع سليمان القطان ، وقد سبقت ترجمته ص ٣٨ .

(٥) "إلا" ليست في أ .

(٦) وقد تقدم ذلك ، انظر ص ٤٧٤ .

قال الشيخ : والفرق عند ابن القاسم بين العبد المعين وبين الجنين والعبد الآبق والثمرة التي لم يبد صلاحها : أنه في هذه الأشياء لا يقدر الآن على قبضها وإزالة الغرر فيها فَعُذِرَ بإجازة ذلك في الخلع ، لأن له أن يخالعهما بغير عوض فكأنه في الغرر خالعهما بغير شيء ، وأما العبد المعين ، فهما قادران على قبضه ، فترك ذلك تعمدًا غررًا دخل فيه من غير عذر ، فلذلك مُنِعَ ، وإجازة ذلك في الخلع - كما قال سحنون - أبين ، والله أعلم .

[الباب الثاني عشر] جامع القول في حضانة الولد^(١)

[فصل ١ — في حضانة الأم لولدها]

روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى للأم بالحضانة على الأب وقال لها : "أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي"^(٢) ، وقضى به أبو بكر وعمر رضي الله عنهما^(٣) ، وقضى أبو بكر على عمر أن أمَّ الأم إذا نكحت الأمُّ أحقُّ منه في حضانة ولده^(٤) ، وكانت كل مَنْ هي أقرب رَحماً بالأم من النساء فذلك لها بعد الأم^(٥) ، ولأن المراجعة في ذلك حفظ الولد والإشفاق عليه والقيام بمصالحه ومراعاة أموره ؛ والأم أقوم بذلك من الأب ومن كل أحد .

واختلف عن مالك هل هذا حقٌّ للأم أم للولد عليها ؟ فإذا قلنا : إنه حقٌّ للأم فلقوله صلى الله عليه وسلم : "أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي" ، ولأنها يلحقها ضررٌ بالترقة بينها وبين ولدها مع كونها أحنَّ عليه وأرفق به . وإذا قلنا : إنه حقٌّ للولد ، فلأن الغرض حفظ الصبي ومراعاته ومصالحته

(١) الحضانة : مصدر حَضَنَ يَحْضُنُ ، قال ابن فارس : الحاء والضاد والنون أصلٌ واحدٌ يقلس ،

وهو حفظ الشيء وتربيته . معجم مقاييس اللغة ، مادة (حَضَنَ) .

وهي شرعاً : حفظ الولد في بيته ومونة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه . شرح حدود ابن عرفة ٣٢٤/١ .

(٢) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب من أحق بالولد ٧٠٧/٢ رقم (٢٢٧٦) ، وعبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب أي الأبوين أحق بالولد ١٥٣/٧ رقم (١٢٥٩٧، ١٢٥٩٦) ، ولحاكم ، كتاب الطلاق ٢٢٥/٢ رقم (٢٨٣٠) وصححه ، ووافقه الذهبي .

(٣) أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب أي الوالدين أحق بالولد ١٥٤/٧، ١٥٦ رقم (١٢٦٠٦، ١٢٦٠٠) .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب أي الأبوين أحق بالولد ١٥٥/٧ رقم (١٢٦٠٢) .

(٥) تهذيب الطالب ٥٢/ب .

دون مراعاة الأم ، ألا ترى أنه يؤخذ منها إذا تزوجت وإن لحقها الضرر بأخذه ، وكذلك إذا غاب الولد غيبة استقرار^(١) .

ومن المدونة : قال مالك : ويترك الغلام في حضانة الأم حتى يحتلم ثم يذهب حيث شاء ، ولالأب أن يتعاقد الولد عند أمهم ويودهم ويعتهم إلى الكُتَّاب^(٢) ، ولا يبيتون إلا عندها إلا أن تتزوج الأم والولد صغير يرضع أو فوق ذلك فإنه ينزع منها إذا دخل بها زوجها لأقبل ذلك ، ثم لا يرد إليها إذا طلقت أو مات زوجها ، ولا حق لها فيه إذا أسلمته مرة^(٣) .

وقال عبد الوهاب : يرد إليها^(٤) لزوال المانع^(٥) .

قال الشيخ : وما في المدونة أصوب كزوال نفقته عن الأب بالبلوغ ثم إن مرض لم ترجع إليه ، وكالثيب ترجع إليه بعد أن دخل بها / زوجها^(٦) ، لأن [١٢١] الحضانة والنفقة إذا سقطت مرة^(٧) لم تعد ، وإنما تجب باستصحاب الوجوب ، وقد قال ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا تزوجت الأم أو الجدة فلم يؤخذ الولد منها حتى فارقتها الزوج فلا ينزع منهما بخلاف أن لو أخذ منهما .

قال مالك : ولو ردتهم استئقلاً من غير نكاح ثم بدا لها فليس لها أخذهم إلا أن تأتي بغير له وجه .

قال في رواية أشهب : مثل أن تكون مَرَضَتْ أو انقطع لبنها ، وإلا فليس ذلك لها .

(١) المعونة ٩٤٠/٢ .

(٢) في جميع النسخ "المكَب" كم في تهذيب المدونة ، والتصحيح من المدونة .
والكُتَّاب : بالضم والتشديد : مدرسة صغيرة لتعليم الصبيان القراءة والكتابة وتحفيظ القرآن .
معجم لغة الفقهاء ص ٣٧٦ .

(٣) انظر : المدونة ٣٥٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠١ .

(٤) "إليها" ليست في أ ، ب .

(٥) وهو كونها مع زوج . انظر : المعونة ٩٤١/٢ .

(٦) "زوجها" ليست في أ ، ب .

(٧) "مرة" ليست في أ ، ب .

قال مالك : وإذا بقي الولد مع أبيه والأم مُتَّحِيَةً عنه فلما مات الأب أرادت أخذه فليس ذلك لها لاستصحاب الحال^(١) (٢) .
فهذا يؤيد ما قلناه^(٣) ، وبالله التوفيق .

ومن العتية : قال أشهب عن مالك فيمن توفي زوجها فتركت أولادها خمسة أشهر أو سبعة ثم قيل لها : أنت أحق بهم مالم تنكحي ، فقالت : والله ما عَلِمْتُ بهذا ، فقال : الشأن في هذا قريب ، فقد تجهل السنة^(٤) .
وسئل عمن فارق امرأته وله منها بنتٌ فطرحها إليه^(٥) ولحقت بأهلها فتأملت عندهم ماشاء الله ثم تزوجت ، لا تعرّض لابنتها ولا تريدتها حتى ماتت .
فقامت أمها تطلب ابنة ابنتها؟

فقال : إن كان لذلك سنة فأكثر فلا شيء لها ، قد تركوها ورفضوها ، وإن كان ليس لذلك إلا يسير فأرى لها أخذها^(٦) .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : واختلف شيوخنا إذا تزوجت الأم تزويجاً فاسداً لا يقرآن عليه ، ودخل بها الزوج ونزع منها الولد ، ثم علم بفساد النكاح ففسخ ؛ فقال بعضهم : يرجع إليها الولد ، وقال غيره : لا يرجع ، وهو أصوب ، وفسخ نكاحها كطلاق زوجها في النكاح الصحيح^(٧) (٨) .

(١) أي حال كونه مع أبيه قبل موته ، واستصحاب الحال دليلٌ من الأدلة الشرعية وقد قال به جمهور الفقهاء . انظر : إحكام الفصول ص ٦١٣ ، ٦١٤ .

(٢) انوار والزبدات ل ٣٥٢ ب .

(٣) يشير إلى قوله المتقدم قريباً : إن الحضنة والنفقة إذا سقطت مرة لم تعد ، وإنما نجب باستصحاب الوجوب .

(٤) وهي أنها أحق بهم مالم تزوج ، وقد سبق تحريج الحديث الدال على ذلك ص ٥١١ .

(٥) في أ ، ب "فطرحها إليها" .

(٦) انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٣٩١/٥ .

(٧) وقد تقدم أنه لا يرجع إليها إن طلقت فيه .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٣/١ .

وقال بعض شيوخنا : إذا كان للولد وليّان ، وهما في القُعدِ سواء ، فمسافر أحدهما ليس له الرحلة بالولد ، والمقيم أولى ببقاء الولد مع أمه ، وكذلك إن لم يكن له أم ، ولأنه هو المقدم في نكاحها إن كانت أنثى^(١) .

أبو محمد : قال ابن القاسم : فإن نكحت الأم أحدهما لم ينزع منها إذا كان ذلك أرفق به .

قال أصبغ : إلا أن يخاف عليه عندها ضيعةً وجفوةً فيكون الولي الآخر أولى^(٢) وأحق به .

قال مالك : ومن تزج امرأة ، ومعها بنتٌ صغيرةٌ قد علم بها ، ودخل بها وهي معها ، ثم قال : أخرجها عني ، فليس له ذلك^(٣) .

[فصل ٢ — في أخذ الأب أو وصيه الولد ممن يحضنه]

ومن المدونة : قال مالك : وتترك الجارية في حضانة الأم في الطلاق والموت^(٤) حتى تبلغ النكاح ولا يخاف عليها ، فإذا بلغت وخيف عليها نُظر ، فإن كانت الأم في حرزٍ وتحصينٍ فهي أحق بها أبداً حتى تنكح وإن بغت أربعين سنة . وإن لم تكن الأم في حرزٍ وتحصينٍ في موضعها ، أو كانت غير مَرْضِيَّةٍ في نفسها أو نكحت فدخلت ، فلأب أخذها منها ، وكذلك للأولياء وللوصي أخذ الولد بذلك إذا أخذ إلى أمانته وتحصين^(٥) .

قال ابن الموز : قال مالك^(٦) : ووصي الأب كالأب في أخذ الولد إذا نكحت أمه وليس له حدة ولا خالة .

(١) انظر : المصدر نفسه ل ٥٣ / .

(٢) "أولى" ليست في أ ، ب .

(٣) لأنه دخل على علم ، التوارد والزيادات ل ٣٥٣ / .

(٤) أي موت زوجها .

(٥) انظر : المدونة ٣٥٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠١، ١٠٢ .

(٦) "قال مالك" ليست في ز .

قال : وللعلم والجد أخذ الصبية إذا نكحت أمها ، وأما الوصي فليس بينه وبينها حَرْمٌ فكونها مع زوج أمها أحب إلي ، لأنه ذو محرمٍ منها إلا أن يخاف عليها عنده فالوصي أحق^(١) .

ومن العتية : قال ابن القاسم : الوصي كالأب في الولد إلا في نكاح البكر قبل البلوغ .

قال أصبغ : وإن تزوجت الأم فالوصي أحق بالولد حواري كنَّ أو غلماناً - وإن حضن الأبيكار - وهو أحق من الأخ والعَم وابن العم إن كان رَضِيّاً ، وإذا انتقل الوصي من البلد فله أن يرتحل بهن حواري كنَّ أو غلماناً ، وليس لإخوتهم [١٢١/ب] وأعمامهم وجدودهم منعه^(٢) .

أشهب : وسئل مالك عن أوصى بابنته إلى وليٍّ فتركها مع عمتها إلى أن بلغت الجارية أو كادت أن تبلغ ، ثم تزوجت العمة فطلبتها الجدة أم أمها وأرادت أخذها ، فأرادت الجارية أن تكون مع عمتها ، ورضي بذلك الولي ، قال : أرى أن تترك مع عمتها إذا أحببت الجارية ورضي بذلك الولي ، ولاتأخذها الجدة^(٣) .

قال الشيخ : يدل قوله هذا^(٤) أن الأم إذا كانت وصيةً وتزوجت أن الولد لا ينزع منها ، لأن العمة لما كانت إذا تزوجت ورضيت الصبية والولي بكونها مع عمتها ؛ لم يضرها التزويج وكانت أولى من جدتها لأمها ، فالأم أخرى أن لا ينزع الولد منها إذا رضيت الصبية ، إذ لها الولاية^(٥) والحضانة ، ولا يضرها التزويج كما لم يضر العمة ، والله أعلم .

ويحتمل إنما كانت العمة أولى لترك الجدة حضانتها أولاً كالأم إذا تركت حضانتها للأب ثم مات فليس لها أخذهم^(٦) .

(١) النوادر والزيادات ل ٣٥٢/ب ، ٣٥٣/أ .

(٢) المصدر نفسه ل ٢٥٣/ب .

(٣) العتية مع البيان والتحصيل ٣٩٣/٥ .

(٤) أي ترك الجارية مع عمتها .

(٥) في أ ، ب "الوصية" .

(٦) كما تقدم ، انظر : ص ٥١٣ .

ومن المدونة : قال مالك : وكل من له الحضانة من أب أو رحم أو عصبية ليس له كفاية ، ولا موضعه يحرز ولا يؤمن في نفسه ، فلا حضانة له ، والحضانة لمن فيه ذلك وإن بعد ، وينظر السلطان في ذلك للولد بالذي هو أكفى وأحرز . فربَّ والد يضيع ولده ، ويدخل عليهم رجالاً يشربون فينزعون منه .

ويترك الولد في الحضانة عند غير الأم إلى حدٍّ ما يترك عند الأم^(١) .

قال مالك في كتاب ابن المواز : وإذا نكحت الأم فالجدة للأم أولى بحضانة الولد إذا كان لها منزل تضمهم فيه ولا تضمهم مع أمهم^(٢) .

ومن العتبية : قال أشهب : ولا يكلف الأب مع النفقة على الولد النفقة على الجدة أو الأم ولا أجر حضانتها إذا أبى ذلك ، وإنما عليه نفقة الولد خاصة وإن قامت عليهم وحضنتهم إلا أن يصلحها على شيء يرضاه^(٣) .

قال مالك : وإذا قال الأب : ما عندي ما أتفق على الولد ، والولد انه بنت أربع سنين قال : ولكن أرسلها إليّ تأكل معي ، قال مالك : يُنظر ؛ فإن كان ما ذكر أمراً معروفاً^(٤) قيل للأم : أرسلها تأكل مع أبيها وتأتيك بالليل ، وإن خيف أن يضر بالأم وهو واحد فليس له ذلك^(٥) .

فصل [٣ - في حضانة غير الأم]

والأم أحق بحضانة الولد في الوفاة والطلاق حتى يبلغوا ما وصفنا^(٦) ، فإن ماتت الأم أو نكحت فدخلت فالحضانة لمن هي أقعد بالأم إذا كانت ذا محرم من الصبيان فالجدة للأم أحق وإن قعدت بعد الأم ، ثم الخالة^(٧) .

(١) انظر : المدونة ٣٦٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٢ .

(٢) النوادر والزيادات ل ٣٥٢/٢ .

(٣) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٧٧/٥ .

(٤) أي أنه ليس عنده ما ينفعه على البنت .

(٥) لأنه إن كان واحداً لزمه دفع نفقتها إلى أمها الحاضنة لها . انظر : المصدر نفسه ٣٧٩/٥ .

(٦) أي بلوغ النكاح كما تقدم ص ٥١٤ .

(٧) انظر : المعونة ٩٤٢/٢ .

ابن المواز : وخالة الخالة كاخالة .

وروي عن مالك : أن الأب أولى من الخالة .

قال أصبغ : وليس هذا بشيء ، وقوله المعروف أن الخالة أحق^(١) .

ومن المدونة : قال مالك : ثم الجدة للأب ثم الأب ، والأب أولى من

الأخوات والعلمات وبنات الأخ ، فإن لم يكن لأب فالأخت ثم بنت الأخت ثم العمة ثم بنات الأخ^(٢) .

قال مالك في كتاب محمد : فإن لم تكن بنت أخ فالأخ ثم الجد ثم ابن

الأخ^(٣) ثم العصبية^(٤) ، ^(٥) قل في المدونة : وهم الأولياء ، ومن هؤلاء الأولياء الجد

والأخ وابن الأخ والعم وابن العم^(٦) ومولى^(٦) النعمة ، لأنه وارث ، والمولى عتاقة ،

وليس من يسلم على يديه بمولى ولا ينتسب إليه وإن ولّاه ، وإذا تزوجت الأم وها

أولاد صغار وجدتهم لأهمهم في بلد ثانٍ وخالتهم معهم حاضرة ؛ فالخالة أحق ،

وإذا كان الولد ليس لهم جدة من قبل أمهم ، أو لهم جدة لأُمّها زوجها أجنبيٌّ

فالحضانة لمن هي أقعد بالأم على ما ذكرنا^(٧) .

قل عبد الوهاب : وإنما قُدِّمت قرابات الأم على قرابات الأب في الحضانة

كما قدمت الأم على الأب ، وإنما قدمت الجدة على الخالة لأنها أقرب وهي والدّة ،

ولذلك قدمت أم الأب على العمة لأنها والدّة .

(١) النوادر والزيادات ل ٣٥٢/أ، ب .

(٢) تهذيب المدونة ص ١٠٢ .

(٣) في النوادر زيادة "ثم العم" .

(٤) قال محمد : والوصي وولي النعمة أولى من الأم إذا تزوجت .

النوادر والزيادات ل ٣٥٢/ب .

(٥) ساقط من ز .

(٦) في أ ، ب "مولاة" .

(٧) أي إذا كانت محرماً من الصبيان .

انظر : المدونة ٢/٣٦٠ ، تهذيب للمدونة ص ١٠٢ .

واختلف إذا انتقلت الحضانة عن جهة الأم أيهما أقرب الأب أو قرابته من النساء؟ فإذا قلنا : إن الأب أولى فلأن به يدلون والأصل أولى ، وإذا قلنا : إنهن أولى فلأنهن بلصي أرفق والطف به تأتياً في مصالحه ، ولا يمكن ذلك للأب ، لأن ذلك لا يليه الرجال وإنما يليه لهم النساء^(١) .

^(٢) ابن وهب : إن كان للجدّة أم الأم زوج فلاحق لها في الحضانة^(٣) .
ومن المدونة : قال مالك : وكل من خرج من بلده ، منتقلاً لسكنى ببلد آخر غير بلد الأم ، من أبٍ أو أحدٍ من أولياء الولد الذين ذكرنا ؛ فله الرحلة بالولد إذا كان الولد معه في كفاية ، تزوجت الأم أم لا ، ويقال لها : اتبعي ولدك^(٤) إن شئت أو دعيه .

قال : وأما من خرج من الأولياء لسفرٍ من غير سكنى فليس له الرحلة بالولد الذين ذكرنا^(٥) .

قال ابن أبي زمنين : كان بعض شيوخنا المقتدى بهم يفتون^(٦) أن ليس للأب أن يرحل بالولد لسكنى ببلدٍ آخر حتى يثبت عند الحاكم [بالبلد]^(٧) الذي فيه الحضانة^(٨) أنه قد استوطن البلد الذي رحل إليه ، وخالفهم بعض أصحابنا وقال : إنه إذا أراد الرحيل أخذ ولده ساعة يرحل . وعلى هذا القول يدل لفظ الكتاب^(٩) .

(١) انظر : المعونة ٩٤٢/٢ .

(٢) ساقط من ز .

(٣) انظر : التودد والزبادات ل ٣٥٢/ب .

(٤) "كل" ليست في ز .

(٥) "ولدك" ليست في أ ، ب .

(٦) انظر : المدونة ٣٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٢ .

(٧) "يفتون" ليست في ز .

(٨) من تهذيب الطالب .

(٩) في جميع النسخ "الحضانة" ، وهو تحريف .

(١٠) أي قول مالك : وكل من خرج من بلده منتقلاً... إلخ . وقد تقدم قريباً .

وقد أعاب القول الآخر بعض العلماء^(١) وقال : أرأيت إن أراد الرحلة إلى العراق ألمضي إليها فيوطن ، ويشهد هناك ثم يرجع ويأخذ ولده؟ وليس هذا بشيء^(٢) .

ومن المدونة : قال مالك : وليس للأم أن تنقل الولد من الموضع الذي فيه والدهم أو أولياؤهم إلا إلى ماقرَّب كالبريد ونحوه حتى يبلغ الأب أو الأوياء خيرهم .

قال ابن القاسم : ثم لها أن تقيم هناك^(٣) .

قال في العتبية : وإن كان مسكن الأب بالإسكندرية فأرادت الأم لما طلقها أن تنقلهم إلى القُسْطَاط^(٤) وبينهما ثلاثة أيام؟ قال : ليس لها ذلك^(٥) .

وسئل عمن كانت يسكن معها زوجها بمكانه ، ثم هلك زوجها وله منها ابنة بنت^(٦) ثمان سنين وللمتوفى إحوة فأردت الأم أن تنقل بها إلى إختوتها إلى المسكن الذي كانت تسكنه قبل أن تتزوج هذا ؛ وبينهما مرحلتان^(٧) ، وأبى ذلك عمومة الجارية .

قال مالك : ليس للأم أن تخرجها من عند ولاتها^(٨) .

(١) وهو ابن الهدي كما في تهذيب الطالب .

وترجمته : هو أبو عمر أحمد بن سعيد بن إبراهيم الحمداني ، المعروف بابن الهندي ، فقيه ، عالم بالشروط والأحكام ، أقرَّ له بذلك فقهاء عصره ، ألف كتاباً في الشروط مفيداً جامعاً يحتوي على علم كثير ، عليه اعتماد المؤتقين والحكام ، توفي سنة ٣٩٩ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٢/٦٤٩ ، الديرجات ١/١٧٢ ، شجرة النور ص ١٠١ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٣/١ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٥٨ ، تهذيب المدونة ص ١٠٢ .

(٤) القُسْطَاط : هي المدينة التي بناها عمرو بن العاص في مصر في عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب . انظر : معجم البلدان ٤/٢٦٣ .

(٥) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٣٨٧ .

(٦) "بنت في أ" .

(٧) المرحلة : هي المسافة التي يقطعها المسافر نحو يوم ، والجمع : المراحل . المصباح المنير ص ٢٢٣ .

(٨) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٣٣٦ .

فصل [٤ - في حضانة الذمية والمجوسية]

ومن المدونة : وللذمية إذا طلقت أو المجوسية يسلم زوجها وتأبى هي الإسلام - فيفرق بينهما - من الحضانة مالمسلمة إن كانت في حرز وتُمنع أن تغذيهم بخمر أو بخنزير ، فإذا خيف أن تفعل بهم ذلك ضُمَّت إلى ناسٍ من المسلمين ولا ينزع منها إلا أن تبلغ الجارية وتكون عندها في غير حرز^(١) .

وروى ابن وهب : أن لاحقاً للنصرانية في حضانتهم ، لأن المسيسة لو أئنى عليها ثناء^(٢) سوء أو كانت تطوف^(٣) لنزعوا منها فكيف بهذه؟^(٤)
وقال ابن المواز : الحضانة لها واجبة ، وكذلك اجدة النصرانية^(٥) .

فصل ٥ - في حضانة الأمة وأم الولد

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أعتق ولد الأمة وزوجها حر فطلقها فهي أحق بحضانة ولدها إلا أن تباع فيظعن بها إلى غير بلد الأب فالأب أحق به ، أو يريد الأب انتقالاً إلى غير بلد الأم فله أخذه وليس العبد في انتقاله بولده كالحر ، والأم أحق بهم كانت أمة أو حرة ؛ لأن العبد لا قرار له ولا مسكن^(٦) .
قال ابن القاسم في النوادر : وأرى في الاستحسان إن كان العبد التاجر له الكفاية أن يكون أحق بولده إذا تزوجت أمه وأما العبد المَخَارَج^(٧) فلا^(٨) .

(١) انظر : المدونة ٣٥٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٢ .

(٢) "ثناء" ليست في أ ، ب .

(٣) أي تكثر الخروج .

(٤)، (٥) النوادر والزيادات ل ٣٥٢/ب .

(٦) وإنما يسافر به ويظعن ويبيع . انظر : المدونة ٣٥٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٢ .

(٧) العبد المَخَارَج : هو الذي يتفق مع سيده على المَخَارَجة وهي : أن يشارطه على خراج معلوم يؤديه إلى السيد كل يوم ، ويكون باقي الكسب للعبد ويستقل بالكسب ، ولهما الفسخ كل وقت . تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٤٤ .

(٨) النوادر والزيادات ل ٣٥٣/ب .

ومن المدونة : ولأم الولد تعتق ماللحره من الحضانه^(١) .

ابن المواز : وقال ابن وهب في أم الولد تعتق : لاحضانه لها في الولد وإنما / [١٢٢] ب
ذلك للحره يطلقها الزوج^(٢) .

فصل [٦ — في التفريق بين الأمة الحاضنة وولدها]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا بيعت أمة مسلمة أو كافرة لم يفرق بينها وبين ولدها ، وبيع معها إلا أن يستغني لولد عنها في أكله وشربه ومنامه وقيامه ، وحد ذلك إذا بلغ الإثغار^(٣) ما لم يعجل به ، جوارى كن أو غلماناً ، بخلاف حضانه الحره .

وقال الليث : حد ذلك أن ينفع نفسه ويستغني عن أمه ، فوق عشر سنين ونحو ذلك .

قال مالك : ويفرق بين الولد الصغير وبين أبيه وجده وجداته لأمه أو لأبيه في البيع متى شاء سيده ، وإنما ذلك في الأم خاصة^(٤) .

قال الشيخ : وفي كتاب "التجارة بأرض"^(٥) الحرب "إيعاب هذا .

(١) تهذيب المدونة ص ١٠٢ .

(٢) النوادر والزيادات ل ٣٥٣ / أ .

(٣) الإثغار : سقوط أسنان الصبي ، يقال : نُغِرَ الغلامُ نُغْرًا إذا سقطت أسنانه الرواضع .

انظر : اللسان ، مادة (نُغِر) .

(٤) انظر : المدونة ٢ / ٣٦٠ ، ٣٦١ .

(٥) في ز "إلى" بدل "إلى" .

[الباب الثالث عشر] جامع من يلزم الرجل النفقة عليه

[فصل ١ — في النفقة على المطلقة من أجل الولد]

قال الله سبحانه في النفقة على المطلقات من أجل الولد : ﴿وَأِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(١) ، وقال تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْزُقْنَهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾^(٢) ، فهذا إيجاب نفقة الولد ، ويدل عليه أيضاً قوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ غَشِيَةٌ بِمَا قُلْتُمْ﴾^(٣) ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "تقول لك امرأتك : أنفق عليّ أو طلقني ، ويقول لك عبدك : أنفق عليّ أو بعني ، ويقول لك ولدك : إلى من تكلمي"^(٤) ، فبين أن النفقة تلزم لكل واحد من ذكر^(٥) ، وأنه يحتاج بما ذكره ، ولا خلاف في ذلك^(٦) .

وقال الله تعالى في النفقة على الزوجات في العصمة وما ألوجب عليهن من الرضاع : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِيمَ الرَّضَاعَةُ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾^(٧) .

(١) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٢) سورة الإسراء : آية ٣١ .

(٣) سبق تخريجه ص ٢٨٢ .

(٤) في جميع النسخ "ذكرنا" والصحيح من المعونة .

(٥) والمراد عن ذكر : أي في النصوص السابقة من المطلقات والأولاد والزوجات والعبد .

(٦) انظر : المعونة ٩٣٧/٢ .

(٧) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

قال عبد الحق : قوله عز وجل ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ هذا الخطاب لمن كان في عصمة أبي المولود ، يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ قال غير واحد من علمائنا : وهذا هو موضع نفقة الزوجات ، لأنه لم يذكر أن المولود له فارق أم المولود وإنما جرى الحكم في زوجين .
تهذيب الطالب ل ٥٣/١ .

قال زيد بن أسلم^(١) : لا تلقيه له وهو لا يجد من يرضعه ، ولا ينزعه منها وهي تريد رضاعه وعلى الوارث مثل ذلك^(٢) .
 قال غيره : وقوله تبارك اسمه : ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^(٣) معطوفٌ على قوله : ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا﴾^(٤) ، وذلك أولى في اللسان من أن يكون معطوفاً على ذكر النفقة للزوجات^(٥) .
 وذكر ابن القاسم عن مالك : أن الآية منسوخة^(٦) .

[فصل ٢ - فيمن لا نفقة لها]

وقال الله سبحانه في الزوجات : ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾^(٧) .
 قال عبد الوهاب : وقال النبي صلى الله عليه وسلم : "تقول لك امرأتك : أنفق عليّ أو طلقني"^(٨) ، ولأن الزوجية عقدٌ على منافع ، والنفقة في مقابلة تلك المنافع ، وهي واجبة للزوجة بالعقد والتمكين والاستمتاع .

(١) هو زيد بن أسلم الطوسي المدني ، إمامٌ ، حجةٌ ، فقيهٌ ، حدث عن أبيه وابن عمر وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك وابن المسيب وغيرهم ، ثقةٌ كبير الحديث ، توفي بالمدينة سنة ١٣٦ هـ .
 انظر : الطبقات ٤١٢/٥ ، ٤١٣ ، سير أعلام النبلاء ١٢٤/٦ .

(٢) انظر : المتنونة ٣٦٧/٢ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٤) فيكون المعنى : وعلى الوارث من تحريم الإضرار بالأم ماعلى الأب .

انظر : أحكام القرآن ٢٠٥/١ .

(٥) تهذيب الطالب لـ ١/٥٣ .

(٦) قال أبو جعفر النخعي : ولم يبين ذلك ولا علمت أن أحداً من أصحابه يبين ذلك والسني يشبه أن يكون الناسخ ما عنده والله أعلم أنه لما أوجب الله للمتوفى عنها زوجها من مال المتوفى نفقة حول والسكنى ثم نسخ ذلك ونسخه أيضاً عن الوارث . المصدر نفسه لـ ١/٥٣ .

(٧) سورة الطلاق : آية ٧ .

(٨) سبق تحريجه ص ٢٨٢ .

ولانفقة على الزوج غير البالغ ، لأنه لايتأتى منه الاستمتاع الذي يعاوض عليه لصغره ، ولللصغيرة التي لا يوطأ مثلها ، لأن الاستمتاع غير متأت منها ، وإن كانت تطبيق الوطاء لزمته النفقة عليها ، لأنها كالبالغ ولانفقة لناشر لما بيننا أنها في مقابلة الاستمتاع والتمكين منه ، فإذا عُدِمَ لم تجب^(١) .

وقال أبو عمران : اختلف في الناشز على زوجها هل لها النفقة؟ فعند ابن المواز وهو لمالك وأراه لابن القاسم وقاله سحنون : إن لها النفقة .

وقال البغداديون من أصحابنا : لانفقة لناشر ، لأنها منعت الوطاء الذي هو عوض النفقة ، واعتلوا بإيجاب النفقة على الزوج إذا دعي إلى البناء ، وأن ذلك لا يلزمه إذا لم يمكن من البناء .

قال أبو عمران : فأنا أستحسن في هذا الزمان أن يقال لها : إما أن ترجعي إلى بيتك وتحاكمي زوجك وتناصفيه وإلا فلانفقة لك ، لتعذر الأحكام والإنصاف في هذا الوقت ، فيكون قول البغداديين في هذا حسناً ، ويكون الأمر على ما قاله الآخرون^(٢) إذا كان الزوج يقدر على محاكمتها فلم يفعل ، فيؤمر بالنفقة حتى إذا لم تمكنه المحاكمة ولم يتمكن / له حاكم ينصف ، ولم تجبه هي إلى الإنصاف [١٢٣/]

فأستحسن أن لانفقة لها .

وكذلك الهاربة إلى موضع معلوم^(٣) هي مثل الناشز ، وأما إلى موضع مجهول فلانفقة لها^(٤) .

(١) انظر : المعونة ٢/٧٨٢، ٧٨٣ .

(٢) وهم القائلون بأن لها النفقة .

(٣) في أ ، ب زيادة " ولو " .

(٤) تهذيب الطالب ل ٥٣/ب ، ٥٤/أ .

[فصل ٣ — في النفقة على الولد]

قال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون : وإذا لم يكن للأب ما ينفق منه على ولده^(١) إلا دار ، فإن كان فيها فضلٌ وإلا فلا نفقة عليه^(٢) .

قال بعض أصحابنا : وليس هو كمن أعتق شركاً له في عبدٍ ولكن لزمته كفارة ، لأن الله تعالى قال في الكفارات^(٣) : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَجِدْ ﴾^(٤) وهذا واحد ، وقال في العتق^(٥) : "فإن لم يكن له مال"^(٦) ، وهذا له مال ، فلذلك وجب البيع عليهما وإن كان لأفضل في الدار ، وأما النفقة على الولد فإنما هي مواساة ، وإنما يواسي من له مال^(٧) وكان غنياً ، وإذا لم يكن في داره فضلٌ فهو فقيرٌ ، ألا ترى أنه يأخذ الزكاة كما يأخذها الفقراء فلم تتوجه عليه نفقة لهذا ، والله^(٨) أعلم .

قال مالك : وينزى الأب الملى نفقة ولده الصغير الفقير ، قال : وإذا أخذ الولد من له الحضانة فعلى الأب نفقتهم وكسوتهم وسكناتهم ما بقوا في الحضانة ، ويخدمهم إن احتاجوا إلى ذلك وكان الأب مليئاً ، ولحاضنتهم قبض نفقتهم ، وإن كان الأب عديماً فهم من فقراء المسلمين ، ولا يجبر أحدٌ على نفقتهم ولا الأم وإن كانت موسرةً ، إلا الأب وحده إذا قدر^(٩) .

(١) في أ ، ب "من أن ينفق على ولده" .

(٢) المصدر نفسه ل٥٣/أ .

(٣) أي كفارة قتل الخطأ واليمين والظهار .

(٤) سورة النساء : آية ٩٢ .

(٥) سورة المائدة : آية ٨٩ .

(٦) سورة المجادلة : آية ٤ .

(٧) أي الرسول صلى الله عليه وسلم .

(٨) والحديث بنماه : "من أعتق شقصاً له في عبدٍ فخلاصه في ماله إن كان له مال . فإن لم يكن له مال ، استسعى العبد غير مضنوقٍ عليه" .

أخرجه مسلم ، كتاب العتق ، باب ذكر سعاية العبد ١١٤٠/٢ رقم (١٥٠٣) .

(٩) "من له مال" ليست في أ ، ب .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل٥٣/أ ، ب .

(٩) انظر : المدونة ٣٦٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٢ .

وقال ابن القاسم في الدمياطية فيمن طلق امرأته وله منها ولدٌ وهو^(١) مليّ فعليه أن يخدم الولد ، والسكنى عليه وعليها^(٢) .

وقال يحيى بن عمر : يريد على الجماجم .

وقال أيضاً ابن القاسم : ليس عليه للولد إلا النفقة ، وليس عليه أن يكثرى لهما^(٣) .

وقد تقدم من العتبية^(٤) ، وهو في كتاب محمد : أن ليس عليه للولد إلا النفقة ولا يكلف نفقة للجدّة^(٥) ولا للأُم إلا أجر حضانتها^(٦) .

ومن المدونة : قال : وتلزمه نفقة ولده الذكور حتى يحتلموا ، والإناث حتى يدخل بهن أزواجهن .

- قال الشيخ : لعجزهن عن التكسب ، بخلاف الذكور - .

قال مالك : إلا أن يكون للصبي كسبٌ يستغنى به ، أو له مالٌ فينفق عليه منه .

وإن طلقت الجارية بعد البناء أو مات زوجها فلا نفقة لها على الأب وإن كانت فقيرة^(٧) .

قال الشيخ : وذلك لما قلنا^(٨) : إن لنفقة إنما تجب باستصحاب الرجوب ، فإذا سقطت مرةً فلا تعود .

ومن المدونة : قال مالك : وإن طلقت قبل البناء فهي على نفقتها ، قال : وعليه نفقة من بلغ من ولده ، أعمى ، أو مجنوناً ، أو ذا زمانةٍ لا حراك له .

(١) "وهو" ليست في أ .

(٢) ، (٣) النوادر والزيادات ل ٣٥٢ / ١ ، تهذيب الطالب ل ٥٣ / ١ .

(٤) انظر : ص ٥١٦ .

(٥) في ز "للخدمة" ، وهو تحريف .

(٦) وإن كان الأب واحداً . انظر : النوادر والزيادات ل ٣٥٢ / ١ .

(٧) انظر : المدونة ٣٦٢ / ٢ ، ٣٦٣ ، تهذيب المدونة ص ١٠٢ .

(٨) أي فيما تقدم ، انظر ص ٥١٢ .

- قال الشيخ : لأن ذلك يمنع التكسب ، فإن صحوا سقطت ثم لا تعود إن عاد ذلك^(١) ، لأن نفقتهم إنما تجب باستصحاب الوجوب . -
قال مالك : وإن بلغوا أصحاء ثم أصابهم ذلك بعد خروجهم من ولاية الأب فلا نفقة لهم عليه^(٢) .
ابن المواز : قال مالك : ولو بنى بالبكر زوجها وهي زَمَنَةٌ ، ثم فرقها فالنفقة باقية^(٣) على الأب كالصغيرة تطبق بعد البناء وقبل الحيض ، واختلف في نفقة هذه بعد الحيض .
وقال ابن وهب في الولد يبلغ أعمى أو مبتلى أو مكسوراً : فلا نفقة على أبيه وعلى كل محتلم نفقة نفسه^(٤) .
قال الشيخ : وقول مالك أولى لما بيناه^(٥) ، وإنما كان البلوغ في الذكور حداً لأنه قد بلغ حد التكسب والقيام لنفسه ، فإذا بلغ زَمَنًا فلم يبلغ بعد حد التكسب ، فهو على أمره^(٦) حتى يبلغه ويطلقه .

فصل [٤ - في إنفاق الأب على الولد وله مال في يد أبيه]

ابن المواز : قال مالك : وإذا أنفق الأب على الولد من عنده وللولد مال عين بيد الأب أو غيره فله الرجوع فيه ، فإن مات الأب قبل أخذه فأراد الورثة الرجوع عليه بالنفقة مذ كان له مال ، فإن كان مال الولد عيناً وهو يمكنه أخذه فلم يفعل لم يكن للورثة الرجوع عليه وإن كتبه عليه الأب إلا أن يوصي به ، وذلك أن من / ١٢٣٣هـ

(١) أي عاد المانع من التكسب .

(٢) انظر : الملوثة ٣٦٢/٢ ، ٣٦٣ ، تهذيب ص ١٠٢ .

(٣) "باقية" ليست في ز .

(٤) التودر والزيادات ٣٥٥/٢ .

(٥) أي من التعليل بأن ما أصيب به ولد قبل بلوغه يمنع التكسب ، فتكون نفقتهم على أبيهم .

(٦) من إنفاق أبيه عليه .

شأن الآباء أن يتفقوا على الأبناء وإن كانت لهم أموال ، وأما إن كان مال الولد عروضاً أو حيواناً فليورثه محاسبة الابن بذلك إذا كتبه^(١) .

قال ابن القاسم في العتية : إلا أن يقول في مرضه : لا تحاسبوه ، فذلك جائز نافذ ، ولا تكون وصية لوارث ، لأنه شيء فعله في صحته^(٢) .

ابن المواز^(٣) : وروي لمالك أيضاً أنه قال : يحاسبوه إن كان المال عروضاً ، ولم يذكر كتبه أو لم يكتبه ، ويحسب كل وقت بسعره .

وقال ابن القاسم : إن كان مال الولد عيناً لم يحاسبوا وإن كان عروضاً حوسبوا ، ولعله لم يمكنه البيع حتى مات .

وقال أشهب : أرى أن يحاسب في العين والعرض^(٤) وإن أوصى أن لا يحاسب^(٥) .

فصل [٥ - في النفقة على الأبوين الفقيرين]

ومن المدونة : قال ربيعة : والنفقة على الأبوين الفقيرين مما يراه المسلمون ، لقول الله سبحانه : ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾^(٦) .

قال الشيخ : وقول الله تعالى : ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾^(٧) .

(١) المصدر نفسه ل ٣٥٥/أ .

(٢) انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٤٣١/٥ ، ٤٣٢ ، التودر والزيادات ل ٣٥٥/أ .

(٣) في أ "ابن القاسم" وهو خطأ .

(٤) "والعرض" ليست في ز .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل ٣٥٥/أ، ب .

(٦) سورة البقرة : آية ٨٣ .

(٧) انظر : المدونة ٣٦٥/٢ .

(٨) سورة لقمان : آية ١٥ .

قال مالك : فيلزم الولد الملى نفقة أبويه الفقيرين ، كانا مسلمين أو كافرين والولد صغيراً أو كبيراً ، ذكراً أو أنثى ، كانت البنت متزوجة أم لا وإن كبره زوج الابنة ، وكذلك من ملى يوجب للولد أو يتصدق به عليه^(١) .

قال عبد الوهاب : وإنما قال ذلك^(٢) لقوله تعالى : ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾^(٣) ، وقوله تعالى : ﴿وَيَالِ الْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾^(٤) ، قال : وسواء كان الأب صحيحاً ، أو مريضاً^(٥) ، أو زميماً ، وثمرهما أو كد^(٦) من الولد^(٧) .

[فصل ٦ — في النفقة على زوجة الأب وعلى خادمه وخادم الزوجة]

ومن المدونة : قال مالك : ويُنفق على امرأة واحدة لأبيه لأكثر وإن لم تكن أمه^(٨) .

قال الشيخ : وحكي لنا عن بعض شيوخنا القرويين أنه قال : اختلف إذا كان للأب امرأتان ، إحداهما أم الولد وهي فقيرة ، والأخرى أجنبية ، فقيل : تلزمه نفقتها ، فأُمّه لأنها فقيرة ولو فارقها الأب لزمه نفقتها ، والأخرى فلأنها لو كانت وحدها لزمته لها النفقة .

وقيل : لانفقة عليه لزوجة أبيه الأخرى^(٩) .

(١) انظر : المصدر نفسه ٣٦٣/٢ ، تهذيب المعونة ص ١٠٢ .

(٢) أي وإنما قال مالك بوجوب إنفاق الولد المولى على أبويه المعسرين .

(٣) سورة لقمان : آية ١٥ .

(٤) سورة البقرة : آية ٨٣ .

(٥) "أو مريضاً" ليست في أ ، ب .

(٦) في ز "أحد" .

(٧) انظر : المعونة ٩٣٨/٢ .

(٨) انظر : المدونة ٣٦٣/٢ .

(٩) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٣/ب .

قال الشيخ : وهذا أشبه بظاهر الكتاب^(١) إذ ليس عليه أن ينفق له إلا على امرأة واحدة ، فإذا كانت أمّه تقوم بالأب وموافقته فليس عليه أن ينفق على الأخرى كما ليس عليه^(٢) أن ينفق على امرأتين .
ومن المدونة : ويُنْفِقُ على خدام أبيه وعلى خدام زوجته أبيه ، لأن خدام زوجة أبيه^(٣) تخدمه ، إذ على الابن إعدامه إن قدر^(٤) .

[فصل ٧ — في النفقة على الأم]

قال مالك : وينفق على أمّه إن كان لها زوجٌ فقيرٌ ، ولا ينفق على زوجها ، ولا حاجة للولد إن قال : يفارقها الزوج حتى أنفق عليها^(٥) .

قال ابن حبيب : قال مطرف : إذا كانت الأم فقيرةً والولد صغيراً ينامي فالنفقة لها في مال الولد على قدر الموارث ، على الذكر مثلاً ما على الأنثى ، لأن النفقة إنما وجبت في أموالهم لصغرهم .

وقال أصبغ : بل هي عليهم بالسواء في صغرهم وكبرهم . ويقول مطرف أقول^(٦) .

قال أبو محمد : وفي كتاب أبي الفرج^(٧) في الأب يكون له بنون : إنه إن كان كل واحدٍ منهم تلزمه النفقة على انفراده لزمته النفقة أجمعين بالسواء ، وإن كان بعضهم لا يلزمه على انفراده شيءٌ فنفقته على باقيهم .
وكان ابن المواز أشار إلى أن على كل واحدٍ منهم بقدر يساره وجِدَّتِه^(٨) .

(١) وهو ما تقدم من قول مالك في المدونة .

(٢) في أ "له" .

(٣) في أ ، ب "زوجته" .

(٤)، (٥) انظر : المدونة ٣٦٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٢ .

(٦) والقائل هو ابن حبيب ، انظر : النوادر والزيادات ٣٥٤/ب ، تهذيب الطالب ل ٥٣/ب .

(٧) لعل المراد بكتاب أبي الفرج هو الحاوي في الفقه .

(٨) المصدر نفسه ل ٥٣/ب .

قال الشيخ : وما في كتاب أبي الفرج أبين ، وذلك كالحملاء بدين لرجل ، وكل واحد حمل بصاحبه ، فإنه إن لقي أحدهم أخذه بجميع الدين ، وإن لقيهم جميعاً أملأه أخذ كل واحد بما ينوبه .

قال الشيخ : ووجه قول أصبغ^(١) : فلأن كل واحد لو انفرد لوجبت عليه النفقة كاملة . صغيراً أو كبيراً ، ذكراً أو أنثى ، فإذا اجتمعوا وزعت عليهم بالسواء وله وجه في القياس^(٢) .

ومن المدونة : قال مالك : وما أنفق على الوالدين من مال الولد فلا يتبعان به إذا أسرا ، وإن كان الأب أو الابن فقيراً لم يلزم أحدهما نفقة صاحبه ، ويتفق على من له خادم / من الأبوين عليه وعليها ، وكذلك إن كانت له دارٌ لأفضل في ثمنها [١٢٤] فله النفقة كما يعطى من الزكاة ، ويعدى على الغائب في بيع ماله للنفقة عسى من ذكرنا .

ومن أسلم وله بنتٌ قد حُض فاختزن الكفر فعليه نفقتهن^(٣) .

قال الشيخ : قال^(٤) هاهنا : ينفق على خادم الأب ، وقال : لا ينفق على خادم الولد ، فيقول له : إما أنفق أو يعت^(٥) . والفرق بينهما : أن الأب هو المحتاج لخدام إما للخدمة أو للوطء ، فهي كالزوجة ، والولد ليس به حاجة إلى الخدمة ، فإن كان الولد محتاجاً إلى الخدمة لزم الأب النفقة عليه وعلى خادمه ، إذ عليه إخدامه ، ولا فرق بينهما إذا اتفق السؤال .

(١) وهو التسوية بين ذكرهم وأنثاهم .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٥٣/ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٦٤، ٣٦٥ ، نهذيب المدونة ص ١٠٢ .

(٤) أي مالك وابن القاسم .

(٥) كما سيأتي قريباً ، انظر ص ٥٣٣ .

فصل [٨ — في النفقة على من رحلت مع زوجها]

قال مالك : وللزوج أن يظعن بزوجه من بلد إلى بلد وإن كرهت وينفق عليها ، وإن قالت : حتى آخذ صداقي ، نُظِرَ ، فإن كان قد بنى بها^(١) فله الخروج بها وتبعه به ديناً^(٢) .

قال الشيخ : يريد في عدمه ، وأما^(٣) إن كان موسراً فلا تخرج حتى تأخذ صداقها ، وقاله أبو عمران^(٤) .

قال مالك في العتبية : يُنظر إلى صلاحه وإحسانه إليها ، إذ ليس له أن يخرج بها ثم^(٥) يطعمها شوك الحيتان .

فصل [٩ — في النفقة على الجد ونفقته على ولد ولده]

ومن المدونة : قال مالك : ولا يلزم الجد نفقة ولد الولد كما لا تلزمهم نفقته^(٦) .

قال عبد الوهاب : لأن النفقة على الأقارب لا تلزم انتقلاً وإنما تجب ابتداءً ، ونفقة الجد كانت لازمة للأب فلا تنتقل إلى ولده ، وكذلك نفقة الولد كانت لازمة للأب فلا تنتقل إلى الجد^(٧) .

(١) "بها" ليست في أ .

(٢) وليس لها أن تمتنع منه من الخروج من أجل دينها .

انظر : المدونة ٣٦٥/٢ ، ٣٦٦ ، تهذيب المدونة ص ١٠٢ .

(٣) "وأما" ليست في أ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٣ ب .

(٥) في أ ، ب "حتى" ، وما أثبتته أصح .

(٦) انظر : المدونة ٣٦٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٢ .

(٧) انظر : للمعونة ٩٣٩/٢ .

فصل [١٠] — في النفقة على خادم زوجته والنفقة على الأخ

ومن المدونة : قال : ويلزم الزوج نفقة زوجته وخادم^١ واحدة^٢ من خدَمها لأكثر ، قال : ولا تلزمه نفقة أخ ولا ذي رحم^٣ منه^(١) .

فصل [١١] — في نفقة الأب على خادم ولده

قال مالك : وإذا كان للبكر خادم ورثتها عن أمها ولا بد لها ممن يخدمها فعلى الأب أن ينفق على الابنة ، ولا تلزمه نفقة خادمها .

قال ابن القاسم : ويقال للأب : إما أنفقت على الخادم أو بعته^(٢) .

قال سحنون : لا يلزمه لها ولا للخادم نفقة ، لأنها مبيعة^(٣) .

وكذلك قال ابن المواز عن أشهب : أنه لا نفقة عليه لابنته ، لأن لها خادماً ، ويبيعها لينفق عليها ، ويزكي زكاة الفطر عنها^(٤) .

قال ابن المواز : وإن كان الولد لا بد له ممن يخدمه فعلى الأب أن ينفق ويزكي عن الولد^(٥) والخادم ويجبر على ذلك ، وإن كان الولد غنياً عن الخادم

فلا شيء على الأب إلا أنه ينفق ويزكي ويكتب ذلك عليه ، فإذا باع استوفى ، وإلى هذا رجع ابن القاسم وأشهب^(٦) .

(١)، (٢) انظر : المدونة ٣٦٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٢ .

(٣)، (٤) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٥٥/١ .

(٥) "الولد" ليست في أ .

(٦) أي عن قولها بعدم نفقة الأب على خادم ولده .

[الباب الرابع عشر] ما جاء في الحكمين

قال الله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّرَنَّ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾^(١) .

وبعث عثمان بن عفان رضي الله عنه ابن عباس ومعاوية رضي الله عنهما حكمين في قصة عقيل بن أبي طالب^(٢) وامرأته فاطمة بنت عتبة بن ربيعة^(٣) (٤) .
وقال علي رضي الله عنه للحكمين : أتدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تجمعما جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا ففرقتما^(٥) .

وتفريقهما على وجه الحكم لاعلى وجه الوكالة^(٦) خلافاً لأبي حنيفة^(٧) والشافعي^(٨) ، لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ وذلك خطاب للأئمة والحكام دون الزوجين ، ولأنه تعالى سمّاهما حكمين ، وذلك يفيد تعلق الحكم بهما دون الوكالة^(٩) .

(١) سورة النساء : آية ٣٥ .

(٢) هو أبو يزيد عقيل بن أبي طالب بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ، خرج إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مهاجراً في أول سنة ثمان ، فشهد غزوة مؤتة ، كان عالماً بأنساب فريش ومآثرها ومثالبها ، توفي بعدما عمي في أول خلافة يزيد .

انظر : الطبقات ٣١/٤ ، لإصابة ٤٨٧/٢ .

(٣) هي قاصمة بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس ، أخت هند أم معاوية بن أبي سفيان .
انظر : المصدر نفسه ٣٧٢/٤ .

(٤)، (٥) أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب الحكمين ٥١٢/٦ ، ٥١٣ رقم (١١٨٨٧) ، (١١٨٨٣) .

(٦) انظر : التفریع ٨٧/٢ ، المنتقى ١١٤/٤ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩١ .

(٨) انظر : الأم ٢٨٦/٥ ، التبيين ص ١٧٠ .

(٩) انظر : المعونة ٨٧٦/٢ .

ومن المدونة : قال مالك : وأحسن ما سمعت من أهل العلم أنه يجوز أمر الحكمين عليهما^(١) .

قال : وبلغني أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : إليهما أن يفرقا بينهما وأن يجمعا^(٢) .

قال مالك : وإنما يعثهما الإمام إذا قُبِحَ ما بين الزوجين حتى / يُجْهَلَ حَقِيقَةُ [١٢٤/ب] أمرهما ، ولا يثبت ذلك بالبينات^(٣) ، فيبعث الإمام حينئذٍ حكماً من أهله وحكماً من أهلها من أهل العدل والنظر ، فإن لم يكن في أهلها من يراه لذلك أهلاً ، أو لأهل لهما بعث من غير الأهلين ، وإذا وجد من الأهلين كان أولى لعلمهما بالأمر فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما وإلا فرّقا بينهما ، ثم يجوز فراقهما دون الإمام .

قال : وللزوجين أن يرضيا بيعتهما دون الإمام ، فإن جعلنا ذلك إلى رجلٍ عدلٍ فحكم مضي ذلك عليهما ، ولا يجوز في ذلك تحكيم عبدٍ أو صبيٍّ أو مشركٍ أو سفيهٍ أو امرأةٍ يبعث الإمام أو يبعث الزوجين دونه أو من يليهما إن كانا في ولاية ، لأن ذلك خارجٌ عما أراد الله سبحانه من الإصلاح إلى الضرر^(٤) ، وهؤلاء لا يجوز منهم اثنان فكيف بواحد .

وقد قال ربيعة : لا يبعث الحكمين إلا السلطان فكيف يُجَازَ^(٥) تحكيم المرأة والعبد والصبي والتصراني والمسخوط .

ولو حكم الزوجان من ذكرنا أنه لا يحكم ففرق لم يعض ذلك ولا يكون ذلك طلاقاً ، لأن ذلك لم يكن على وجه تمليك الطلاق ، ويدل على ذلك دخول الزوجة فيه بتحكيما ، ولا مدخل للزوجة في تمليك الطلاق^(٦) .

ابن المواز : أما المسخوطان وهما غير ذوي عدلٍ فيمضي ما حكما كما لو قضى بشهادتهما ثم تبين ذلك لم يرد .

(١) أي على الزوجين .

(٢) وهو ما تقدم ذكره قريباً .

(٣) في ز " الثبات " .

(٤) في ز " الفرر " وهو تصحيف .

(٥) " مجاز " ليست في أ ، ب .

(٦) انظر : المدونة ٢/٣٦٧-٣٧١ ، تهذيب المدونة ص ١٠٢، ١٠٣ .

ومن المدونة : وإذا كان أحد الزوجين أو كلاهما في ولاية فذلك في بعث الحكمين إلى من يليهما دون العصبية .

قال مالك : وإذا حكما بالفراق كانت طلاقاً بائنة ، حكما بأخذ مالٍ أو بغير مال ، قال : ولا يفرقا بأكثر من واحدة .

قال : فإن حكما بالفراق بغرمٍ على المرأة لنفي الضرر عنها جاز ، وإن حكما بغرمٍ على الزوج لم يجز .

قال ربيعة : إن كان الظلم منه فرقاً بغير شيء ، وإن كان منهما أعطي الزوج على الفراق بعض الصداق ، فإن كان الظلم منها خاصة جاز مأخذها له منها^(١) .

قال أبو عمران : قول ربيعة هذا إن كان الظلم منها أو منه أو منهما ، وإفاقٌ وليس بخلافٍ للمذهب إن تأوّل أن معنى قوله : أضرّ بها^(٢) ، أي في دعواها^(٣) .

قال الشيخ : وظاهر قوله : أن معنى قوله : أضرّ بها ، وثبت ذلك عليه لابدعواها ، وكأنه أجاز للحكمين أن يأخذوا له منها إن كان الضرر منها ، وقد قال

بعض شيوخ أفریقیة : لا يجوز أن يخالغ^(٤) / الرجل زوجته على أن يأخذ منها إذا [١٢٥/١] كان الضرر من قبل الزوجين جميعاً ، وهو منصوصٌ لمن تقدم من علمائنا^(٥) .

قال^(٦) : وليست^(٧) كمسألة الحكمين إذا كان الضرر منهما جميعاً ، لأن النظر^(٨) هاهنا لغير الزوجين فيحكمان في ذلك بالاجتهاد ، فإذا رأيا من النظر أن

(١)

انظر : المدونة ٣٦٨/٢ وما بعدها ، تهذيب المدونة ص ١٠٣ .

(٢)

قال ابن أبي زيد : إن تبيّن لهما أن الضرر والنشوز من قبل المرأة جاز للزوج مأخذ له منها على الفراق وإن كان ذلك أكثر من صداقها . المقدمات الممهّدات ٥٥٧/١ .

(٣)

(٢) أي قول مالك في المدونة وهو : إن رأيا أن يأخذوا من المرأة ويغرمها مما هو يصلح لها ويخرجها من ملك من أضر بها فجائز ، ولا ينبغي أن يأخذوا من الزوج شيئاً ويطلقا عليه . المدونة ٣٦٩/٢ .

(٤)

انظر : تهذيب الطالب ل ٥٤/١ .

(٥)

(٤) إلى هنا نهاية ١٢٥/١ ، وبعض ما فيها من المسائل ذكر بعد هذا ، لأنني سرت في ترتيبها في هذا الموضع على ما في نسخة ز ، لأنه أحسن .

(٥)

انظر : تهذيب الطالب ل ٥٤/١ .

(٦)

أي أبي عمران .

(٧)

أي مسألة الخلع .

(٨)

في جميع النسخ "الضرر" ، والصحيح ما أثبتته .

يعطى بعض شيءٍ من مالها على أن تخرج من عصمته جاز ذلك ، وأما إذا ابتدأ هو الخلع بشيءٍ يأخذه فلا يجوز له ذلك وقبلة شيءٍ من الضرر .

قال الشيخ : قدل قوله هذا أن للحكمين أن يعطيا الزوج شيئاً من مالها وإن كان الضرر من قبلهما وعُرف ذلك وثبت ، والله أعلم .

وقال في كتاب ابن المواز : وإذا نَزَعَ أحد الزوجين أو هما^(١) جميعاً قبل حكم الحكمين فذلك لمن نزع إلا أن يكون السلطان هو الباعث ، أو يكون نزوع من نزع بعد أن استوعبا^(٢) الكشف عن أمرهما وعزما على الحكم بينهما ، فلا نزوع لمن نزع في هذا ويلزمه^(٣) .

قال الشيخ : لعله يريد إذا نزع أحدهما في هذا ، وأما لو نزعا جميعاً ورضيا بالاصطلاح والبقاء على الزوجية فينبغي ألا يفرق بينهما .

قال الشيخ : إن قيل : لم جاز للزوجين أن يحكما رجلاً واحداً ولم يجز في جزاء الصيد إلا رجلاً وقد ورد النص أن يكونا حكمين في الوجهين؟^(٤)

فالجواب عن ذلك : أن الحكمين في جزاء الصيد إنما هما لحق الله تعالى لاحق للمحكوم عليه فيهما ، فوجب اتباع النص في ذلك ، وأما الزوجان فالحكم في ذلك إليهما ، لأنهما الخصمان ولهما أن يدفعا ذلك بالاصطلاح ، فلما كان الأمر إليهما جاز أن يرضيا بحكمين أو بحكم واحدٍ أو يصطلحا على أنفسهما ولا يحتاجان إلى حكم ، ولأنه لما جاز لهما أن يجعلاهما من غير الأهلين والنص إنما ورد أن يكونا من الأهلين دل أن الأمر إليهما ، وأن لهما أن يجعلا رجلاً واحداً كسائر المتحاكمين ، فالأمر في ذلك مفترق^(٥) .

(١) "هما" ليست في ز .

(٢) في أ ، ز "استوعب" .

(٣) النوادر والزيادات ل ٣٣٥ / ١ ، تهذيب الطالب ل ٥٤ / ١ .

(٤) فقال الله تعالى في الشقاق بين الزوجين : ﴿وَإِنْ جِئْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ . سورة النساء : آية ٣٥ .

وقال في جزاء الصيد : ﴿وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَّتَعَمَّداً فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ . سورة المائدة : آية ٩٥ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل ٥٤ / ١ .

قال ابن القاسم : فإن حكم أحدهما بالطلاق ولم يحكم الآخر ، أو حكم أحدهما على مال والآخر على غير مال لم يلزم شيء إلا باجتماعهما إلا أن ترضى الزوجة بالمال الذي قال أحدهما واجتمعا على الفراق فيلزم ، وإن حكم أحدهما بواحدة والآخر باثنتين ، أو اجتمعا على واحدة ، أو على الثلاث ، أو حكما بلفظ البتة أو خلية أو برية ونوى بها الحكمان ثلاثاً لم يلزم الزوج في ذلك كله إلا واحدة باثنة ، دخل بها أم لا ، لأن ما زاد على الواحدة خارج عن معنى الإصلاح^(١) .
وروي عن ابن القاسم أن الثلاث تلزم إن اجتمعا عليها ، وقاله أصبغ على حديث زبراء^(٢) ^(٣) .

ومن المدونة : وحكم التي لم يدخل بها في الحكمين حكم المدخول بها إلا أنهما لا ييطان بالزوج من الرجوع بنصف الصداق إن قبضته كما لا يفرقان على الأخذ منه ، ولو حكما بأخذ الزوج منها جميع المهر على الفراق جاز ذلك^(٤) .
قال أبو محمد : وأكثر ما في باب الحكمين يذكر أنه لعبد الملك إلا ما ذكرت لمالك فيه .

والله المستعان وهو حسبي ونعم الوكيل .
تم^(٥) كتاب الخلع^(٦) بحمد الله وحسن عونه وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلّم تسليماً كثيراً .

(١) وقد قال مالك : ما زاد على واحدة فهو خطأ وليس بصواب ، وليس بمصلحة لهما أمراً ، والحكمان إنما يدخلان من أمر الزوج وزوجته فيما يصلح لهما ، وله جُعِلَا .
انظر : المدونة ٣٧٠، ٣٦٩/٢ .

(٢) وفيه : أنها لما أخرجتها حفصة بأن أمرها بيدها ما لم يمسها زوجها قالت : هو الطلاق ، ثم الطلاق ، ثم الطلاق ، ففرقه ثلاثاً .
وقد سبق تخريجه ص ٩٦ .

(٣) انظر : البيان والتحصيل ٤٥٥/٥ .

(٤) انظر : المدونة ٣٧٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٣ .

(٥) تم الخ... ليس في ز .

(٦) في أ ، ب "إرخاء الستور" ، وهو خطأ .

[الكتاب السابع] كتاب طلاق السنة^(١) والعدة^(٢)

[الباب الأول] في طلاق السنة والطلاق ثلاثاً أو في الحيض

[فصل ١ — في أدلة طلاق السنة وصفته]

قال الله تبارك وتعالى : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا^(٣) ، وقرأ ابن عمر^(٤) رضي الله عنهما : ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِقَبْلِ عِدَّتِهِنَّ^(٥) .

(١) الطلاق لغة : قال ابن فارس : الطاء واللام والقاف أصل صحيح مطرد واحد ، وهو يدل على التخلي والإرسال . معجم مقاييس اللغة ، مادة (طلق) .

وشرعاً : هو صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه موجباً تكرارها مرتين لحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج . شرح حدود ابن عرفة ٢٧١/١ .

(٢) العدة لغة : مشتقة من العد وهو إحصاء الشيء ، وعدة المرأة المطلقة والمتوفى زوجها : هي مائة من أيام أقرائها أو أيام حملها أو أربعة أشهر وعشريال ، وجمع عدتها عِدَد . انظر : اللسان ، مادة (عدد) .

وشرعاً : هي مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه . شرح حدود ابن عرفة ٣٠٥/١ .

(٣) سورة الطلاق : آية ١ .

(٤) في ز "عمر" ، وهو خطأ .

(٥) قال مالك : يعني بذلك ، أن يطلق في كل ظهر مرة ، الموطأ ، كتاب الطلاق ، باب جامع الطلاق ٤٥٩/٢ .

قال ابن عبد البر عنها : هي قراءة ابن عمر وابن عباس وغيرهما ، لكنها شاذة ، لكن لصحة إسنادها يخرج بها وتكون مفسرة بمعنى القراءة المواترة للتخييص الخبر ٢٠٦/٣ .

فتدب الله عز وجل من أراد أن يطلق زوجته أن يوقع الطلاق في حال تعدد فيه ، وهو حال الظهر لاحال الحيض ، وأن يكون رجعيًا ثلاثاً يندم فلا يمكنه التلاقي^(١) .

وقال تعالى : ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾^(٢) . فدلّ بذلك أنه لا يجوز الطلاق في الحيض ولا الطلاق ثلاثاً ، ودلنا الله عز وجل أن من طلق / ثلاثاً عاصي ولزمه ذلك بقوله تعالى : ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾^(٣) وهي الرجعة ، فجعلها الله عز وجل فائتة لمن أوقع اطلاق الثلاث في كلمة واحدة^(٤) ، وألزمه ما أوقع ، ونهى الرسول عليه الصلاة والسلام عنه إيقاع اثلاث في كلمة واحدة^(٥) ، وقد عاقب علي بن أبي طالب رضي الله عن وغيره من طلق ألبتة^(٦) ، وقد قال ابن عباس فيمن فعل . عصى الله فأندمه ، وأصاع الشيطان فلم يجعل له مخرجاً^(٧) .

وقال ابن عمر : عصى الله وحالف لسنة ، وذهبت منه امرأته^(٨) .

ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن اطلاق في الحيض ، وقال في طلاق ابن عمر امرأته في الحيض : "مُرَّةٌ فليراجعها" - وإنما الرجعة بعد لزوم اطلاق ثم لممسكها^(٩) . فدل أن معنى الإمساك غير المراجعة .

(١) انظر : المعونة ٢/ ٨٢٨ .

(٢) سورة الطلاق : آية ١

(٣) "واحدة" ليست في ز .

(٤) كما في حديث محمود بن لبيد وسيأتي قريباً .

(٥) انظر : المدونة ٢/ ٤٠٤ .

(٦) أخرجه سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب التعدي في الطلاق ٢٦٢/١ رقم (١٠٦٥) .

(٧) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب المطلق ثلاث ٣٩٥/٦ رقم (١١٣٤٤) .

(٨) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب قول الله تعالى : ﴿وَيَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمْ نِسَاءَكُمْ﴾

١٦٣/٦ ، ومسلم ، كتاب الطلاق ، باب تحريم حلاق الخائض بغير رضاها ، وأنه لو خالف

وقع اطلاق ويؤمر برجعته ١٠٩٣/٢ رقم (١٤٧١) .

وقال القاضي عبد الوهاب : الطلاق في الحيض محرّم بالإجماع ، ومن أوقعه فيه لزمه ، خلافاً لمن قال : لا يلزمه^(١) ، ودليلنا : قوله صلى الله عليه وسلم لعمر في طلاق ابنه في الحيض : "مُرّه فليراجعها" ، وفي حديث آخر^(٢) أنه قال : أفتعتد بها؟ قال : نعم^(٣) ، وأن ابن عمر قال : يارسول الله : أرأيت لو طلقته ثلاثاً؟ قال : "إذا بانث منك وعصيت ربك"^(٤) .

وفي هذه الأخبار أدلة أخر على المراجعة ، ولا تكون إلا مع نفوذ الطلاق ووقوعه .

والثاني قوله : أفتعتد بها؟ قال : "نعم" ، وهذا نص .

وقول ابن عمر : أرأيت لو طلقته ثلاثاً؟ قال : "إذا بانث منك وعصيت ربك" وهذا نص^(٥) .

قال عبد الوهاب : ولا خلاف أن من فرّق الثلاث أنها تلزمه ، لقوله تبارك وتعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ إلى قوله عزّ وجل : ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(٦) .

(١) وهم ابن علية وبعض أهل الظاهر والرافضة .

انظر : الإشراف ١٢٣/٢ .

(٢) "آخر" ليست في أ ، ب .

(٣) أخرجه البيهقي بلفظ : "كانت تبيس منك وتكون معصية" ، كتاب الخلع والطلاق ، باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة ٥٤٠/٧ رقم (١٤٩٣٩) وقال : وهذه الزيادات التي أتى بها عطاء الخراساني ليست في رواية غيره وقد تكلموا فيه .

قال عنه ابن حجر : صدوقٌ بهم كثيراً ويُرسَل ويُدَلِّس . انظر : التقریب ٦٧٦/١ رقم (٤٦١٦) .

(٤) أخرجه البيهقي ، كتاب الخلع والطلاق ، باب نطق يقع على الحائض وإن كان بدعيّاً ٥٣٢/٧ رقم (١٤٩١٨) .

(٥) أي على لزوم إطلاق في الحيض . انظر : المعونة ٨٣٤/٢ ، ٨٣٦ .

(٦) سورة البقرة : آية ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

وكذلك عندنا أن^(١) من أوقعها في كلمة فقد عصي ويلزمه^(٢) ، خلافاً لمن منع إيقاعه في كلمة^(٣) ، ودليلاً قوله عز وجل : ﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ إلى قوله : ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾^(٤) ، فنَدَبْنَا إلى طلاقِ مُلْكٍ فيه الرجعة ، لثلاث نندم فلا يمكننا التلافي ، وهذا يتضمن الوقوع .

وحديث ابن عمر : قلت : أ رأيت لو طلقها ثلاثاً؟ قال : "إذا تبين منك وتكون معصية"^{(٥) (٦)} .

قال^(٧) : وذهب الشافعي إلى أن إيقاع الثلاث في كلمة مباح^(٨) ، ودليلاً عليه أنه عصيان : حديث ابن عمر هذا ، ومأندب الله عز وجل إليه من الطلاق الرجعي^(٩) ، وقال عز وجل : ﴿ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾^(١٠) ، وروى محمود^(١١) بن لبيد^(١٢) قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجلٍ طلق امرأته ثلاث تطليقاتٍ جميعاً فقام غضبان وقال : "يُلعَبُ

(١) "أن" ليست في ز .

(٢) انظر : الرسالة ص ٢٠١ ، المقدمات الممهدة ٥٠١/١ .

(٣) وهم أهل الظاهر . انظر : الإشراف ١٢٣/٢ .

(٤) سورة الطلاق : آية ١ .

(٥) سبق تخريجه قريباً .

(٦) انظر : المعونة ٨٢٨، ٨٢٧/٢ .

(٧) أي القاضي عبد الوهاب .

(٨) انظر : مختصر المنزني مع الأم ٢٠٥/٩ ، التنبيه ص ١٧٤ .

(٩) أي في قوله تعالى : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(١٠) في أ ، ب "محمد" ، وهو خطأ .

(١١) هو محمود بن لبيد بن عتبة بن رافع بن امرئ القيس بن زيد بن عبد الأشهل الأنصاري ، صحابيٌ صغيرٌ ، كان ثقة قليل الحديث ، توفي بالمدينة سنة ٩٦ هـ .

انظر : الطبقات ٥٧/٥ ، الإصابة ٣٦٧/٣ .

بكتاب الله وأنا بين أظهركم^(١) ، ولأنه إجماع الصحابة ، وروى عن عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وعمران بن حصين^(٢) ولا يخالف لهم فيه^(٣).

ومن المدونة : قال مالك : وطلاق السنة أن يطلق الرجل امرأته طلاقاً^(٤) في طهر لم يحس فيه وإن كان في آخر ساعة منه ، ولا يتبعها في ذلك طلاقاً ثم يمهلهما حتى تنقضي عدتها برؤية أول دم الحيضة الثالثة في الحرة والثانية في الأمة ، فيتم للحرة ثلاثة أطهار وللأمة طهران ، وهي الأقراء^(٥) التي ذكر الله عز وجل^(٦) .

قال أبو محمد وغيره : وإنما قلنا : أن يطلقها في طهر لم يحس فيه ، لأنه إذا مسها فيه لبس عليها في العدة ، فلم تدبر بما تعتد بأبالوضع أو بالأقراء ، لأنها قد تحمل فتعتد بالوضع ، أو لا تحمل فتعتد بالأقراء / فكره أنه أن يدخل اللبس عليها^(٧) [١/١٢٦] قال غيره^(٨) : وفي حديث ابن عمر : "ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يحس فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها

(١) أخرجه النسائي ، كتاب الطلاق ، باب الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ ١٠٤/٦ رقم (٣٤٠١) قال ابن حجر : رواه مؤثفون .

انظر : بلوغ المرام ص ٢٢٤ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثاً في مقعد واحد ٦٢/٤ رقم (١٧٧٨٢-١٧٧٨٦) ، والبيهقي ، كتاب الخلع والطلاق ، باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة ٥٤٢/٧-٥٤٤ رقم (١٤٩٤٣، ١٤٩٤٦، ١٤٩٤٩) .

(٣) انظر : للمعونة ٨٢٨/٢ ، ٨٢٩ .

(٤) "طلقة" ليست في ز .

(٥) في أ "الأطهار" .

(٦) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

انظر : للمعونة ٤١٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٣ .

(٧) انظر : للمعونة ٨٣٤/٢ ، ٨٣٥ .

(٨) أي غير القاضي عبد الوهاب ، والمراد به عبد الحق الصقلي .

النساء" (١) (٢) .

قال بعض مُتبعي مالك : وإنما قلنا : أن الأقرء هي الأطهار خلافاً لأبي حنيفة في أنها الحيض^(٣) ، لأن القرء مذكّر ، ولو عني به الحيض لقال : ثلاث قُرُوء ، والقرء جمع الرحم للدم ، ولا يجمعه إلا في الطهر ، ومنه : قرئت الضيف ، أي جمعته إليك^(٤) .

قال الشاعر :

ذِرَاعِي حُرَّةٌ أَدْمَاءُ يَكْرَهُ
هَجَانِ اللَّوْنِ لَمْ تَقْرَأْ جَنِيناً^(٥) (٦)
قال عبد الوهاب : وفي قوله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ الآية^(٧) أدلة على ذلك^(٨) :
أحدهما : أن القرء اسم يقع على الطهر والحيض ، والمراد أحدهما ، فيجب إذا قعدت المرأة ثلاثة قُرُوءٍ أن يطلق عليها الاسم وتبين منه .

(١) سبق تخريجه ص ٩٤ .

(٢) قال عبد الحق : وقوله "فتلك" إشارة إلى الحال الذي أمر فيها بالطلاق وهي حال الطهر التي لا يصلح أن يراد في الكتابة إلا الطهر . تهذيب الطالب ل ٥٧/أ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٧ ، مختصر القلوري مع شرحه للباب ٨٠/٣ .

(٤) انظر : اللسان ، مادة (قرأ) .

(٥) هذا البيت لعمر بن كلثوم .

انظر : شرح المعلقات العشر وأخبار شعرائها ، جمع وتصحيح : أحمد بن أمين الشنقيطي (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط : بدون ، ١٤١٤ هـ) ص ٨٩ .

قال ابن منظور : قال أكثر الناس : معناه لم يجمع جنيناً ، أي لم يضطم وجهها على الجنين . اللسان ، مادة (قرأ) .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٧/أ .

(٧) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٨) أي على أن المراد بالأقرء الأطهار .

والثاني : أن الحكم يتعلق بأوائل الأسماء .
 والثالث : أن جمعه بصيغة التذكير ، لأن جمع المؤنث فيما دون العشرة بغير هاء^(١) ، وذلك يفيد أن جمع قُرْوٍ هو طَهْرٌ لاحتِضَةِ .
 والرابع : أن إطلاق الأوامر والإخبار عن الوجوب على الفور^(٢) ، ولا يمكن ذلك إلا على ما نقوله من أن يطلقها^(٣) ، فتعتمد عَقَبُ الطلاق ، ولا يمكن ذلك في الحيض^(٤) .
 وقوله عز وجل : ﴿فَطَلَّوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(٥) أي : في حال يعتددن فيها ، وعندهم^(٦) أن حال الطهر ليست بحال عدة .
 وقوله في حديث ابن عمر : "مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء"^(٧) ، وهذا نص^(٨) .

-
- (١) أي نقال : ثلاث قروء ، ولم يقل : "ثلاثة قروء" ، وقد تقدم ذكر ذلك قريباً .
 (٢) قال أبو الوليد الباجي : وإليه ذهب البغداديون من أصحابنا ، وبه قال أكثر أصحاب أبي حنيفة . انظر : إحكام الفصول ص ١٠٢ .
 (٣) أي طاهراً .
 (٤) لأن الطلاق فيه عزم بالإجماع كما تقدم بيانه .
 (٥) سورة الصلاق : آية ١ .
 (٦) أي الأحناف لأن الأقراء عندهم هي الحيض كما تقدم .
 (٧) سبق تقريره ص ٥٤ .
 (٨) أي على أن حال الطهر هي حال العدة التي أمر بالطلاق فيها . انظر : الإشراف ١٦٦/٢ .

[فصل ٢ - في الطلاق في طهر جامع فيه ، وطلاق الثلاث]

ومن المدونة : وكره مالك أن يطلقها في طهرٍ قد جامع فيه ، فإن فعل لزمه وتعتد بذلك الطهر وإن لم يبق منه إلا يومٌ واحد^(١) ، ولا يؤمر برجعته .
- قال الشيخ : لأنه مطلق للعدة فلم يوجد فيه التطويل كما وجد فيمن طلق في الحيض -

وكره أن يطلقها ثلاثاً في مجلسٍ واحد ، أو في كل طهرٍ طلقة ، فإن فعل لزمه^(٢) .

قال أشهب : وقال ابن مسعود : إن أراد أن يطلق ثلاثاً فليطلقها في كل طهرٍ طلقة^(٣) .

قال أشهب في غير المدونة : لا بأس به ما لم يرتجعها في خلال ذلك وهو يريد أن يطلقها ثانية ، فلا يسعه ذلك ، لأنه يطول العدة عليها ويضرُّ بها^(٤) .

قال الشيخ : فوجه كراهة مالك أن يطلقها في كل طهرٍ طلقة : لأن ذلك ليس بطلاق السنة الذي أرشد الله عز وجل إليه^(٥) وهو الرجعي^(٦) ، لأنه ييقاع الثالثة في الطهر الثالث لا يمكنه الارتجاع وهي في العدة ، ولم تحمل له إلا بعد زوج فأشبه إيقاع الثلاث في كلمة .

(١) "واحد" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : للمدونة ٤١٩/٢ ، ٤٢٠ ، تهذيب المدونة ص ١٠٣ .

(٣) أخرجه البيهقي ، كتاب الخلع والطلاق . باب الاختيار للزوج أن لا يطلق ، لا ر حلة ٥٤٣/٧ رقم (١٤٩٤٧) .

(٤) وقد قال الله تعالى : ﴿وَلَا تَحْسَبُوهُنَّ ضِرَارًا يَتَعَدَّوْنَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣١ .

انظر : النوادر والزيادات ٢٩٩/أ .

(٥) يشير إلى قوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فِيمَا كُنْتُمْ مَعْرُوفٍ أَوْ تَمْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٦) في أ "الرجعة" ، وهو تحريف .

وجه قول أشهب : أنه كان ممن يمكنه الاجتماع في الصهر الأول والثاني ،
ولأنه^(١) ليس في ذلك تطويلٌ مآشبه^(٢) الصلاق الرجعي .

[فصل ٣ — في طلاق الحامل]

ومن المدونة : قال مالك : وطلاق السنة في الحامل أن يطلقها واحدة متى
شاء ، وتحل بالوضع لآخر ولدي في بطنها ، وله رجعتها ما لم تضع آخر ولد في بطنها .
قال : ولا يطلقها ثلاثاً في مجلس واحد أو في مجالس ، فإن فعل لزمه .
قال ابن عمر لامرأة قالت له : إن زوجي طلقني ثلاثاً في كلمة واحدة؟ قد
بنت منه ، ولأميراث بينكما ، وقد عصى ربّه وخالف السنة^(٣) .

[فصل ٤ — في طلاق الصغيرة والآيسة]

ومن المدونة : قال مالك : والتي لم تبغ الحيض يطبقها واحدة متى شاء
للأهله أو لغير الأهله . وعدتها ثلاثة أشهر ، وكذلك التي ينست من الحيض .
قال ابن شهاب : وقد كان يقال : يستقبل بطلاقها^(٤) الأهله فهو [١٢٦/ب]
أسد^(٥) (٦) .

(١) "لأنه" ليست في ز .

(٢) في ز "فلم يشبه" .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٢٠، ٤٢١ ، تهذيب المدونة ص ١٠٣ .

(٤) أي التي ينست من الحيض .

(٥) لقول الله تعالى : ﴿وَاللَّائِي يَكْمُنُ مِنَ الْحَيْضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِذَا رَبَّيْتُمْ فَعِنَّهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ﴾ . سورة الطلاق : آية ٤ .

(٦) انظر : المدونة ٢/٤٢٠ ، تهذيب المدونة ص ١٠٣ .

قال الشيخ : إذ قد يكون الشهر تسعة وعشرين يوماً فتعتمد به ، وإذا طلقها لغير الأهله كانت عدتها^(١) تسعين يوماً^(٢) ، فالطلاق للأهله أخف عليها .
ومن المدونة : قال مالك : فإن طلقها قبل الهلال أو بعده اعتدت من حين طلقها ثلاثة أشهر ، ثلاثين يوماً كل شهر^(٣) .

[فصل ٥ - في طلاق المستحاضة]

قال مالك : ويطلق المستحاضة واحدة متى شاء ، وعدتها سنة .
قال ابن القاسم : كان في ذلك يطوها أم لا .
قال الشيخ : يريد : لأنه ليس لها قرؤ يُعلم به براءة رحمها ، فيُنهي عن وطئها لئلا يدخل عليها للبس في العدة .
قال : وله رجعتها ما لم تنقض السنة ، فإذا مضت السنة حث للأزواج إلا أن ترتاب - يريد : بحس البطن - فتقيم إلى زوال الرية .
قال مالك : فإن كان لها قرؤ يُعرف تحراه فطلقها عنده واحدة قبل أن يحس كغير المستحاضة^(٤) .
قال في كتاب الاستبراء : ويكون ذلك لها قرءاً ، وتَحَسب به إذا لم يشك لنساء أنه دم حيض . وتحل به الأمة في البيع^(٥) - يريد : أنه يطلقها إذا ظهرت من الدم الذي تنكره وعوده دم الاستحاضة ، ولو طلقها في الدم الذي تنكره لجبر على الرجعة .

(١) في زيادة "في ذلك" .

(٢) عن كل شهر ثلاثين يوماً .

(٣) انظر : المدونة ٤٢٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٣ .

(٤) انظر : المدونة ٤٢١/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٣ .

(٥) انظر : المدونة ١٢١/٣ .

قال مالك في كتاب ابن المواز : لا يبرؤها إلا السنة ، لأن استحاضتها رية^١
وإن رأت دمًا تُنكره^(١) .

قال : ولو طلقها في ذلك الدم لجبر على الرجعة^(٢) .

قال بعض فقهاءنا : جعلها تعتد بالسنة احتياطاً خوفاً أن لا يكون ذلك الدم
دم حيضة ، وجبره إذا طلق فيه على الرجعة احتياطاً أيضاً خوفاً أن يكون دم
حيضة^(٣) .

وفي النوادر : باقي كلام ابن المواز^(٤) .

قال^(٥) : وكل نكاح يفسخ بعد البناء لحرامه ، أو كان مما يفسخ بطلاق
للاختلاف فيه ، فإن ذلك كله يفسخ في الحيض ، وتأخيره أعظم^(٦) ، وكل
ما يفسخ قبل البناء لصداقه فإنه يفسخ في الحيض عند ابن القاسم وأشهب ، وأما
ماللولي إجازته أو فسخه فإن بنى فإنه لا يفرق فيه إلا في الطهر بطلقة بائنة ، ويؤخر
ذلك سيد العبد وولي السفيه حتى تطهر ثم يطلقها عليه بطلقة بائنة . ولو أعتق
العبد ورشد السفيه قبل الطلاق لم تطلق عليه^(٧) .

(١)، (٢) انظر : تهذيب الطالب لـ ٥٨/ب .

(٣) فيكون قد خالف السنة لما طلق فيه . انظر : المصدر نفسه لـ ٥٨/ب .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ٣٤٥/ب .

(٥) أي ابن المواز .

(٦) كنكاح حامية ، ونكاح المحرم ، ونكاح المرأة على عمتها أو خالتها ، وفي العدة إن بنى بها .

(٧) وكذلك لا يفسخ لو لم يعلم النكاح من إليه فسخه حتى كان العتق والرشد .

انظر : المصدر نفسه لـ ٣٠٠/أ ، تهذيب الطالب لـ ٥٩/أ .

[فصل ٦ — في طلاق غير المدخول بها]

ومن المدونة : قال مالك : وله أن يطلقها قبل البناء واحدة متى شاء وإن كانت حائضاً أو تنفساء ، إذ لا عدة عليها ، ونهى عنه أشهب^(١) .

قال ابن المواز : وقول مالك أحب إلينا .

قال عبد الوهاب : وإنما يطلق الصغيرة واليائسة من الحيض متى شاء لأن أوقاتها متساوية بثلاثة أشهر ، فيؤمن فيهما ما يخاف في الحائض والنفساء والطهر الذي قد مس فيه ، إذ ليس في ذلك تطويل عدة ولا إلباس فجاز في كل وقت ، وكذلك الحامل ، لأن عدتها وضع الحمل^(٢) ، وكذلك المستحاضة ، لأن عدتها سنة فلاتطويل في ذلك .

وفي طلاق غير المدخول بها حائضاً روايتان : الجواز والمنع ، فوجه الجواز : أنه حال لا يلحقها ضرر بالطلاق فيها ، إذ لا عدة عليها ، ففارقت المدخول بها . ووجه المنع : فلأنه طلاق في الحيض ، وقد نُهي عنه^(٣) .

[فصل ٧ — في الطلاق في الحيض]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن قال لامرأته وهي حائض : أنت طالق للسنة ، أو قال : فإذا طهرت فأنت طالق ، لزمته مكانه طلاقاً ، وجبر على الرجعة ولو قال : ثلاثاً للسنة ، وقعن به ساعتئذ كانت طاهراً أو حائضاً وبانت منه .

ابن وهب : وإن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض ، فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال له : "مُرّه فليراجعها ، ثم ليمسكها ، حتى"^(٤)

(١) انظر : المدونة ٤٢٢/٢ ، ٤٢٣ ، تهذيب المدونة ص ١٠٣ .

(٢) لقوله تعالى : ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَهْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ . سورة الطلاق : آية ٤

(٣) أي في المدخول بها كما في حديث ابن عمر . انظر : المدونة ٨٢٧/٢ - ٨٢٩

(٤) في أ "ثم" .

تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يحس فتلك العدة / التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء^(١) . [١٢٧]

قال مالك : وإذا طلق المدخول بها طلقاً وهي حائض أو نفساء لزمه ذلك ، وجبر على الرجعة وإن طهرت وحاضت الثانية وطهرت ما لم تنقض العدة فتحل له وقاله ابن القاسم^(٢) .

ابن المواز : وقاله ابن الماجشون ، وهو أحب إلي ، لأنها رجعة وجبت^(٣) . وقال أشهب : يجبر على الرجعة ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، فإذا صارت في الحال التي أباح^(٤) النبي صلى الله عليه وسلم طلاقها لم يجبر على الرجعة^(٥) . قال عبد الوهاب : فوجه قول ابن القاسم : قوله صلى الله عليه وسلم : "مره فليراجعها" فأطلق ولم يقيد ، ولأن العدة باقية ، أصله ما لم تطهر الطهر الثاني . ووجه قول أشهب : أنها صارت إلى حال لو أراد طلاقها فيه لجاز له ، فلامعنى للإجبار على الارتجاع ، مع إباحة الطلاق .

وإنما شرطنا أنه إن كان رجعيًا جبر على الارتجاع ، خلافاً لأبي حنيفة^(٦) والشافعي^(٧) لحديث ابن عمر ، ولأن فيه تطويلاً على المرأة فنهى عن الضرر بها ، فلما اقتحم وأضرَّ بها عوقب بالإجبار على الرجعة وردها إلى حال الزوجية ليزول الضرر عنها ، فإن شاء الطلاق طلق للعدة التي أمر الله بها^(٨) .

(١) سبق تخريجه ص ٤٤٩ .

(٢) انظر : المدونة ٤٢٣، ٤٢٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٣ .

(٣) انظر : النوادر والريادات ل ٢٩٩/ب .

(٤) في ز "أمر" .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل ٢٩٩/ب .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٢ ، مختصر القنوري مع شرحه الباب ٣/٣٩ .

(٧) انظر : الأم ٢٧٠/٥ ، الوحيز ٥١/٢ .

(٨) انظر : المعونة ٨٣٧/٢ .

وإنما قلنا : بمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم يطلق في الطهر الثاني إن شاء للحديث^(١) ، ولأننا إنما أمرناه بالرجعة نظراً للمرأة ، لئلا يضر بها في تطويل عدتها ، فيجب أن يُنظر له أيضاً ليكون له حظ في الرجعة من الاستمتاع ، فإذا حصل منه الاستمتاع في الطهر الذي يلي الحيض لم يطلق فيه على ما بيننا أنه لا يطلق في طهرٍ مسٍّ فيه ، فإذا طهرت طهراً ثانياً جاز له الطلاق قبل أن يمسه ، ولأننا لو أزمناه الارتجاع ولم يُبَحِّ له الوطء لم يجر ذلك ، وإذا وطئ منعناه الطلاق ، إذ لا يطلق في طهرٍ قد مسٍّ فيه ، وإذا تعقبه بالطلاق في حيض صار ممنوعاً ، فإذا طهرت الثانية لم يبق سببٌ يمنع الطلاق لأجله ، والله أعلم^(٢) .

قال أبو عمران : إجماعٌ أن يطلق في الطهر الذي يلي الحيض الذي جبر فيه على الرجعة عقوبةً له إذا أراد تطويل العدة عليها ، فمُنِعَ حتى يمرَّ له زمانٌ يجوز له الوطء فيه وإن لم يطأ ، ولو أنه رغب فراجعها في ذلك الحيض من غير إجبارٍ لكان له أن يطلقها في الطهر الذي يليه^(٣) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولا يطلقها بعد طهرها من الدم الذي ارتجع فيه بالقضاء ، فإن فعل لزمه ، ولا يجبر على الرجعة^(٤) .

قال الشيخ : لأن الإمساك فيه إنما كان ليكون له حظٌ في الاستمتاع ، فهو الذي ترك حفظه ، وطلق^(٥) طاهراً فلم يجبر على الارتجاع .

قال عيسى بن دينار : وإن طلقها وهي حائضٌ ثم طهرت من حيضتها فأردفها طليقةً في ذلك الطهر قبل أن يرتجع فإنه يجبر على رجعتها ، ولا ينجيها ما أردف من الطلاق من الرجعة التي لزمته ، وهو يجبر ما كانت في عدتها على الرجعة ما لم يرتجع^(٦) .

(١) أي حديث ابن عمر .

(٢) انظر : للصدر نفسه ٨٣٥/٢ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٧/ب .

(٤) انظر : المدونة ٤٢٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٣ .

(٥) في أ ، ب "ويطلق" .

(٦) تهذيب الطالب ل ٥٧/ب .

وكذلك في العتبية من سماع أصبغ عن ابن القاسم^(١) .
قال بعض فقهاءنا : إذا طلق في الحيض فحجر على الرجعة ثم طهرت
وحاضت فأردفها طلاقاً ثانية فإنه يجبر أيضاً على الرجعة ، وكذلك لو لم يجبر أولاً
على الرجعة حتى طهرت ثم حاضت فأردفها طلاقاً لجبر على الرجعة ، لأنها زوجته
ما لم تنقض العدة من الطلقة الأولى .

وإذا أجبر على الرجعة سقط ماضى من العدة ، لأن الرجعة تهدم العدة ،
فإن لم يجبر على الرجعة في الطلقة الثانية حتى انقضت العدة من الطلقة الأولى فقد
بانت منه ، ولا تبدئ العدة من الطلاق الثاني ، لأنه لم يهدم ماضى^(٢) ، وهذا بين
والله أعلم .

ومن كتاب ابن المواز : قال^(٣) / عقيب كلام أشهب : ومن طلق في حيض [١٢٧/ب :
أو نفاس ، ابتداءً ذلك أو حث فيه ، جبر على الرجعة ، وإن أبى هددته بالسجن ،
فإن أبى سجنه ، فإن فعل بالقرب وإلا ضربته بالسوط ، فإن تمادى لزمته الرجعة
وكانت له رجعة ، وقاله ابن القاسم وأشهب^(٤) .

قال أبو عمران في الذي يمنع من الرجعة فيجبر عليها : له الوطء بعد ذلك
كالمتزوج على طريق الهزل أن النكاح يلزمه ، وله الوطء ، ويكون نكاحاً صحيحاً
ورجعةً صحيحةً^(٥) .

وقال بعض البغداديين في المطلق في الحيض إذا امتنع من الرجعة وجبر على
الرجعة وليس له نية في ارجعائها : لم يكن له أن يستمتع بها ، فإن نوى ذلك جاز
له الاستمتاع^(٦) ، وهذا خلاف ما تقدم لأبي عمران .

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٦٤/٥ .

(٢) أي لا رجعة اختياراً ولا يجبر الحاكم له ، فلذلك بانت منه بمضي العدة من الطلقة الأولى .
تهذيب الطالب ل ٥٧/ب .

(٣) "قال" ليست في أ ، ب .

(٤) وقالوا : فإن عُفِلَ عنه حتى طهرت فَعُفِلَ ذلك به أيضاً .

انظر : التوادر والزيادات ل ٢٩٩/ب ، تهذيب الطالب ل ٥٧/ب .

(٥) ، (٦) المصدر نفسه ل ٥٧/ب .

قال سليمان بن يسار وغيره^(١) : إذا طلقت النفساء أو الحائض لم تعتد بدم نفاسها ولا بدم حيضها ، واستقبلت ثلاثة قروء^(٢) .

قال ابن القاسم : ولا تطلق التي رأت القصة البيضاء حتى تغتسل بالماء ، فإن فعل قبل ذلك لزمه ، ولا يجبر على الرجعة^(٣) .

قال الشيخ : لأنها طاهرٌ لم يبق عليها إلا الغسل كالجنب .

قال ابن القاسم : وإن كانت مسافرةً لا تجحد الماء فتيمنت جاز له^(٤) أن يطلقها بعد التيمم لجواز الصلاة لها حيث^(٥) .

قال في كتاب اللعان : ومن قذف زوجته أو انتفى من حملها وهي حائضٌ أو نفساءٌ فلا يتلاعنا حتى تطهر ، وكذلك إن حل أجل التلؤم في المعسر بالنفقة أو العتني أو غيره والمرأة حائضٌ فلا تطلق عليه حتى تطهر ، إلا المولي^(٦) فإنه يطلق عليه عند الأجل إن قال : لأفي^(٧) .

قال ابن المواز : ويجبر على الرجعة^(٨) .

وقال أشهب عن مالك : لا تطلق عليه حتى تطهر^(٩) .

قال الشيخ : فوجه قوله : تطلق عليه عند الأجل ، لأن الله عز وجل جعل أجله أربعة أشهر^(١٠) ، فإذا قال : لأفي ، تطلق عليه ، ولا يزيد فيما أجل الله عز

(١) وهم ابن شهاب والقاسم بن عماد وابن قسيط وأبو بكر بن عمرو بن حزم ونافع مولى ابن عمر .

(٢)، (٣) انظر : المدونة ٤٢٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٣ .

(٤) "له" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ٤٢٣/٢ .

(٦) في أ ، ب "المولى عليه" .

(٧) انظر : المصدر نفسه ١٢٠، ١١٩/٣ .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٩٩ ب .

(٩) انظر : المدونة ١٢٠/٣ .

(١٠) يشير إلى قوله تعالى : ﴿الَّذِينَ يَقُولُونَ مِنْ نَسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ . سورة البقرة : الآية

وجل ، ولأن غيرنا^(١) يقول بمضي الأجل تبين منه ، ولا يُنظر إلى فيئته بعد ذلك^(٢) ،
فذلك تطلق عليه عند الأجل إذا قال : لأفني ، وإن كانت حائضاً .
وروجه قول أشهب : أنه طلاق في الحيض ، وقد نهي عنه^(٣) ، واعتباراً بأجل
العنين والمعر بالنفقة .

قال ابن المواز : وإن قال : أنا أفني ، أمهله السلطان حتى تطهر ، ولاخلاف
في هذا بين أصحاب مالك .
ولاختار المعتقة تحت العبد في الحيض حتى تطهر ، وكذلك المخيرة فإن
فعلت لزم^(٤) .

ومن العتية : روى عيسى عن ابن القاسم في المطلق في الحيض إذا جبر على
الرجعة أبطؤها إذا طهرت وهو يريد أن يطبقها في الطهر^(٥) اثاني؟
قال : نعم^(٦) .

وروى عنه أصبغ فيمن طلق امرأته فقالت : طلقني في الحيض ، فقال : بل
وأنت طاهر ، فالقول قوله^(٧) .
وقال ابن سحنون عن أبيه : إذا طلقها فقالت : إني حائض ، أنها مصدقة ،
ولا تُكشَف ، ويجبر على الرجعة ، ولا يرى أن ينظر إليها النساء^(٨) .

(١) وهم الحنفية .

(٢) أي بعد الأجل . انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٠٧ ، تحفة الفقهاء ٢/٢٠٥ .

(٣) كما في حديث ابن عمر السابق .

(٤) انظر : التوارد والزيادات ل ٢٩٩ ب ، ٣٠٠ أ .

(٥) "الطهر" ليست في أ ، ب .

(٦) قال ابن رشد : وهو الذي يؤمر به أن يفعله ، لأنه إنما يؤمر بالارتجاع للوطء ، ولو ارتجعها
وهو ينوي أن يصيبها ففعل ، لكان مضاراً لها أتم فيها ، لأن قول الله عز وجل :
(وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ مِنزَلاً لَّتَعْتَدُوهُنَّ) سورة البقرة : آية ٢٣٦ نزلت في هذا المعنى . العتية مع
البيان والتحصيل ٤١٧/٥ .

(٧) ، (٨) التوارد والزيادات ل ٣٠٠ أ ، تهذيب الطالب ل ٥٨ أ .

قال الشيخ : ولو قال قاتل : ينتظر إليها النساء بإدخال الخرق في نفسها ولا كشف في ذلك ، لرأته صواباً ، لأن ذلك حق للزوج كعيوب الفرج والحمل ، ولأنها تنههم على عقوبة الزوج بالارتجاع . ولاصر عليها في الاختبار ، فوجب أن تختبر ، والله أعلم .

وذكر عن أبي عمران في الحامل إذا حضت على حملها : للزوج أن يطبقها في ذلك الحيض ، لأن عدتها إنما هي بوضع الحمل ، وإنما كره الطلاق في الحيض ، لأنها^(١) لاتعد بذلك فتطول عليها بذلك العدة .

وجرى لابن القصار^(٢) في كتابه لما عورض بقول المخالف : لو كانت الحامل تحيض لحرم الطلاق فيه ، قال : فكذلك نقول : إنه حرام^(٣) .

قال بعض فقهاءنا : وقول أبي عمران أصح ، لأن العلة في منع الطلاق في الحيض / تطويل العدة ، وذلك متفق في الحامل .

[١/١٢٨]

وكذلك يتقضي في التي تلد ولداً ويبقى في بطنها آخر ، فيطلقها في ذلك الدم أنه لايجبر على الرجعة ، إذ ليس فيه تطويل العدة ، لأنها تنقضي بوضع الولد الآخر ، وسواء في ذلك على قول من قال : حالها حال النساء ، أو حال الحامل .

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن القروي وغيره : إذا انقطع الدم عن المرأة فطلقت ، ثم عاودها الدم بالقرب ، أن الزوج يجبر على الرجعة ، لأنه دم مضاف إلى الأول ، وحكمه حكم حيضة واحدة ، وقاله أبو عمران .

وقد قيل : إنه لايجبر على الرجعة ، لأنه طلق طاهرأً ، ولم يتعد ، والأول أصوب ، لأنها كحيضة واحدة^(٤) .

(١) "لأنها" ليست في ز .

(٢) هو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي ، المعروف بابن القصار ، إمام فقيه ، أصولي ، فظاً ، تفقه بأبي بكر الأبهري ، ولي قضاء بغداد ، له كتاب في مسائل الخلاف لايعرف للمالكين كتاب في الخلاف أحسن منه ، توفي سنة ٣٩٧ هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٢/٦٠٢ ، سير أعلام النبلاء ١٣/٥٨ ، الديباج ٢/١٠٠ ، شجرة النور ص ٩٢ .

(٣) ، (٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٨/أ ، ب .

فصل [٨ — في تحريم المطلقة على مطلقها حتى يراجعها]

ومن المدونة : قال ابن لقاسم : ومن طلق زوجته طلاقاً يملك فيه الرجعة فلا يُلْدُذ منها بنظرٍ أو غيره وإن كان يريد رجعتها حتى يراجعها .

ابن وهب : وقد طلق ابن عمر زوجته في مسكن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان طريقه إلى المسجد في ححرتها ، فكان يسلك طريقاً آخر كراهية أن يستأذن عليها حتى يراجعها^(١) .

قال ابن القاسم : وكان مالك يقول : لا بأس أن يدخل عليها ويأكل معها إذا كان معها من يتحفظ بها ، ثم رجع فقال : لا يدخل عليها ولا يرى شعرها ، ولا يأكل معها حتى يراجعها ، وإن كان معها فليتنقل عنها .

ابن وهب : وقد انتقل ابن عمر وعروة بن الزبير^(٢) .

قال الشيخ : فهذا يؤيد أنها محرمة بالطلاق حتى يراجعها .

(١) سبق تخريجه ص ٤٥٠ .

(٢) انظر : المسونة ٤٢٤/٢ ، تهذيب المتونة ص ١٠٣ .

[الباب الثاني] في طلاق الحر والعبد ، وعدة الحرة والأمة وجامع القول في العدة

[فصل ١ — في طلاق الحر والعبد]

قال الله تبارك وتعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ إلى قوله : ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(١) .

قال مالك : فجميع طلاق الحر المسلم ثلاث تطليقات ، كانت زوجته حرة أو أمة^(٢) مسلمة ، أو كتائية لعموم الظاهر^(٣) .

قال مالك : وعدة الحرة المسلمة والكتائية المدخول بها في الطلاق إذا كانت ممن تحيض ثلاثة قروء كما قال الله عز وجل^(٤) ، وسواء كان زوجها حراً أو عبداً^(٥) .

قال : وجميع طلاق العبد ومن فيه بقية رقبة طلقان ، كانت زوجته حرة أو أمة ، وعدة الأمة قرءان ، كان زوجها حراً أو عبداً^(٦) ، لأن الله عز وجل جعل حدّ الأرقاء نصف حدّ الأحرار^(٧) ، والطلاق والعدة من معاني الحدود ويجزئ إلى ما يوجبها فلما كانت الطلقة والقرء لا ينقسم جبر ذلك عليها وعنده ، فجعل عليه طلقان وعليها قرءان .

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

(٢) "أمة" ليست في ز .

(٣) أي ظاهر الآية السابقة . انظر : الملونة ٤٢٤/٢ .

(٤) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَالطَّلَاقُ يَرْتَضَنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَ قُرُوءٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٤٢٤/٢ ، ٤٢٥ ، تهذيب للندوة ص ١٠٣ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ص ١٠٣ .

(٧) يشير إلى قوله تعالى : ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ . سورة النساء : آية ٢٥ .

قال بعض البغداديين : ولما كان الطلاق مضافاً إلى الرجال وجب أن يُعتبر بالرجال ، ولما كانت العدة مضافةً إلى النساء وجب أن تُعتبر بالنساء ، فإذا كان المطلق حراً كان طلاقه ثلاثاً كانت زوجته حرةً أو أمةً ، مسلمةً أو كاتبةً ، كما أن عدة الحرة ثلاثة قروء ، والأمة قرآن ، ولأُتفقت إلى زوجها هل هو حرٌّ أو عبدٌ^(١).

فصل [٢ - في عدة الحرة والأمة]

قال مالك : فعدة الحرة المسلمة أو الكاتبة المدخول بها في الطلاق إذا كانت من تحيض ثلاثة قروء^(٢) ، وهي الأطهار كما ذكرنا^(٣) ، لقول الله عز وجل : ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(٤).

قال مالك : وعدة اليانسة من الحيض والصغيرة التي لم تبلغ الحيض في الطلاق إذا بنى بها ثلاثة أشهر^(٥) ، لقول الله عز وجل : ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْحَيْضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾^(٦) ، ويستوي في هذه الحرة والأمة لعموم الظاهر ، ولأن طريقه براءة الرحم كوضع الحمل^(٧).

قال مالك : وقوله تعالى : ﴿إِنْ ارْتَبْتُمْ﴾ يقول : إن شككتم فلم تدروا ماعدتهن^(٨).

(١) انظر : المعونة ٢/٨٢٥، ٩١٢.

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٢٤.

(٣) أي في الباب الأول.

(٤) سورة البقرة : آية ٢٢٨.

(٥) انظر : المصنف نفسه ٢/٤٢٥، ٤٢٦.

(٦) سور الطلاق : آية ٤.

(٧) انظر : المعونة ٢/٩١٦، ٩١٧.

(٨) انظر : تهذيب الطالب لـ ٥٩/١.

قال مالك : وعدة احامل وضع آخر حمل^(١) في بطنها^(٢) .
 قال الشيخ : لقوله عز وجل / ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٣) فعم^(٤) ، ويستوي فيه الحرة والأمة والمسلمة والكتانية والمطابقة والمتوفى^(٥) عنها زوجها ، لعموم الظاهر ، ولأنه يُعلم به^(٦) براءة الرحم يقيين ، ولأن سُبَيْعَةَ الْأَسْلَمِيَّةَ^(٧) ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : "قد حلت فانكحي من شئت"^(٨) .
 قال : وليس على مطلقة قبل البناء عدة^(٩) .
 قال الشيخ : لقوله عز وجل : ﴿ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾^(١٠) .
 وقال : وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرًا ، بنى بها زوجها أم لا^(١١) .

-
- (١) في أ ، ب زيادة "ما" .
 (٢) انظر : المدونة ٤٢٠/٢ .
 (٣) سورة الطلاق : آية ٤ .
 (٤) "فعم" ليست في ز .
 (٥) في أ "أو" .
 (٦) "به" ليست في أ ، ب .
 (٧) هي سبيعة بنت الحارث الأسلمية ، امرأة سعد بن خولة فتوفى عنها بمكة في حجة الوداع ، فانقضت عدتها بوضع حملها .
 انظر : الطبقات ٢٢٤/٨ ، الإصابة ٣١٧/٤ .
 (٨) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ١٨٢/٦ ، ومسلم ، كتاب الطلاق ، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل ١١٢٢/٢ رقم (١١٤٨٥) ، ومالك ، كتاب الطلاق ، باب عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا ٤٦١/٢ رقم (٨٦) واللفظ له .
 (٩) انظر : المعونة ٩١١/٢ .
 (١٠) سورة الأحزاب : آية ٤٩ .
 (١١) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٩/ب .

قال الشيخ : نقول الله عز وجل : ﴿وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيَسْتَرْوُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(١) ، فَعَمَّ ، ولأن طريقها العبادة المحضة دون براءة الرحم ، فلذلك كانت على غير المدخول بها .

قال : وعدة الأمة ومن فيها بقية رقي في الوفاة إذا كانت ممن تحيض ، أو غير مدخول بها ، أو صغيرة لا يوطأ مثلها شهران وخمس ليال^(٢) .

قال الشيخ : لأنها عدة^(٣) يمكن تبعضها فكانت على النصف من الحرة كالأقراء .

قال : وإن كانت يوطأ مشها ولم تحض أو يائسة من المحيض وقد بنى بها رُفعت إلى تمام ثلاثة أشهر ، وقاله في غير المدونة^(٤) .

قال الشيخ : وقد احتزنا من وضع الحمل ، لأن الوضع لا يتصَّف ، ومن^(٥) الثلاثة أشهر ، لأنها براءة الرحم ، وهي أقل ما يعلم به براءته فلم يمكن تنصيفه .

قال : وعدة أم الولد ومن فيها بقية رقي في الطلاق كعدة الأمة ، إن كن يحضن فحيضتان ، إذ لا تنقسم الحيضة فجبرت عليها ، وسواء كان الزوج في جميعهن حراً أو عبداً ، وإن كن لم يحضن أو يئسن من المحيض فتلاثة أشهر ، إذ لا يبرأ رحمٌ بأقل من ذلك إلا في حيض^(٦) .

ابن وهب^(٧) : وقاله عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعمر بن عبد العزيز وغيرهما من أهل العلم^(٨) .

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٢٥ .

(٣) "عدة" ليست في أ ، ب .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ٣٤١/ب .

(٥) في أ ، ب "من" بدون "الوار" .

(٦) انظر : تهذيب المدونة ص ١٠٣ .

(٧) "ابن وهب" ليست في ز .

(٨) كريمة ويحيى بن سعيد وابن شهاب ويكبر من الأشج . انظر : المدونة ٢/٤٢٥ .

قال أبو بكر الأبهري : العدة في المطلقة المدخول بها ، للاستبراء لاعبادة فيها وإنما جعل الاستبراء على حسب حرمة المستبرأة ، فإن كانت أمة ليست بزوجة استبرئت بمحضة ، وإن كانت أمة زوجة استبرئت بمحضتين ، وإن كانت حرة استبرئت بثلاث حيض كالحدود ، وإنما هي موضوعة على حسب حرمة المحدثين من العبيد والأبكار والمحصنين من الأحرار .

قال : والدليل على أنها لاعبادة فيها أن الله عز وجل لم يوجبها على المطلقة قبل البناء^(١) ، لأنها لا تحتاج إلى براءة الرحم ، وأوجب الله عز وجل العدة في الوفاة التي هي عبادة على المدخول بها وغير المدخول بها^(٢) ، فعيم بهذا فصل ما بين العديتين .

قال بكر^(٣) القاضي^(٤) : إن القرء الأول لاستبراء الرحم ، والقرءان الآخران عبادة^(٥) .

قال الشيخ : وما ذكره الأبهري أبين والله أعلم .

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحُوا الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ . سورة الأحزاب : آية ٤٩ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيُذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

(٣) في ز "أبو بكر" .

(٤) هو أبو الفضل بكر بن محمد بن العلاء القشيري البصري ، ثم المصري ، إمام ، فقيه ، محدث ،

مذكور في أصحاب القاضي إسماعيل ، كان من كبار الفقهاء المالكيين بمصر ، وتقلد أعمالاً

للقضاء ، ألف كتاباً جلية منها : الأحكام مختصر من كتاب القاضي إسماعيل ، الرد على المزني ،

كتاب أصول الفقه ، كتاب في مسائل الخلاف ، توفي بمصر سنة ٣٤٤ هـ .

انظر : الديباج ٣١٣/١ ، شجرة النور ص ٧٩ .

(٥) التكت والفروق ل ٧٨/ب .

فصل [٣ - جامع القول في العدة]

قال مالك في كراء الدور : وإن طُلق التي عدتها بالشهور ، أو مات عن امرأة زوجها في بعض الشهر ، اعتدت الشهر الأول بالأيام ثلاثين يوماً ، وباقى الشهور بالأهلة^(١) .

ورواه ابن وهب^(٢) عن مالك .

وذكر أنه اختلف قوله في بعض اليوم ، فقال : يحسب إلى مثل تلك الساعة^(٣) ، ثم رجع فقال : نفيه^(٤) .

قال الشيخ : فوجه الأول : قوله عز وجل : ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ﴾^(٥) ، ووجه أننا نلغي ذلك اليوم : احتياطاً لصعوبة ضبط الوقت ، والأول أقيس ، قاله بعض فقهاءنا .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا بلغت المرأة^(٦) الحرة عشرين سنة ، أو ثلاثين فلم تحض فعدتها في الطلاق ثلاثة أشهر ، ولو تقدم لها حيضة مرة لطالبت الحيض ماينها وبين تسعة أشهر ، فإن لم يأتها اعتدت بسنة من يوم الطلاق ، تسعة أشهر منها براءة تأخير الحيض^(٧) .

قال الشيخ : لأنها غالب مدة الحمل . / [١٢٩]

قال مالك : ثم ثلاثة أشهر عدة ، لأنها صارت من ذوات الاعتداد بالشهور^(٨) ، والأصل في هذا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : إنما امرأة

(١) انظر : المدونة ٥١٤/٤ .

(٢) في ز "ابن حبيب" ، وهو خطأ .

(٣) أي التي مات فيها أو طلق .

(٤) انظر : التواذر والزيادات ل ٣٤٢/أ .

(٥) سورة الطلاق : آية ٤ .

(٦) "المرأة" ليست في أ ، ب .

(٧) انظر : المدونة ٤٢٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٨) انظر : المدونة ٤٢٦/٢ .

طلقت فحاضت حيضةً أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر ، وينظر إليها النساء^(١) ، فإن قن : بها حملٌ فذلك ، وإلا اعتدت بعد التسعة بثلاثة أشهر^(٢) ، وهذا قول^(٣) إمام صحابي لا يخاف له ، ووجهه ما ذكرناه^(٤) .

قال ابن المواز : إلا أن تعتد بالسنة من زوج قبسه فتصير ممن عدتها ثلاثة أشهر ، حتى يعاودها حيضٌ فتطالبه ، أو تعاود السنة^(٥) .

قال الشيخ : فوجه ذلك : أنها حسبت لثرية تسعة أشهر غالب مدة الحمل فصارت من أهل الاعتداد بالشهور واعتدت بها ، فلا تنتقل عنها إلا أن يعاودها حيضٌ فتطالبه أو تحلس سنة كأول مرة .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا حاضت بعدما مضى من السنة عشرة أشهر رجعت إلى الحيض ، فإن ارتفع انتفت سنة من يوم انقطع الدم عنها ، ثم إن عاودها الدم في السنة رجعت إلى الحيض ، هكذا تصنع حتى تتم ثلاث حيض أو سنة لا حيض فيها^(٦) .

قال الشيخ : لأنها إذا تم لها ثلاث حيض فقد اعتدت بالأقراء ، وإن تمت لها سنة ولم تحض فقد اعتدت عدة المرتابة ، واعلم أنها إذا حاضت قبل تمام السنة ولو بيوم فإنها ترجع تطالب الحيض ، وإن حاضت بعد السنة ولو بيوم حلت بتمامها . قال ابن المواز : فإن كان شأنها أن تحيض من سنة إلى سنة ، أو إلى أكثر من سنة ، أو من ستة أشهر إلى مثلها فتعتد بالسنة . فإن جاء وقت الحيضة فيها فلم تحض حلت بتمامها ، وإن مرت السنة ولم يأت وقت حيضتها انتظرتها ، فإن جاء وقتها ولم تحض حلت بتمامها وإن حاضت كالغد ، وإن جاء وقتها فحاضت

(١) "وينظر إليها النساء" ليست في ز .

(٢) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب جامع عدة الطلاق ٤٥٥/٢ رقم (٧٠) .

(٣) قول "ليست في أ ، ب .

(٤) نظر : المدونة ٩٢٢/٢ .

(٥) نظر : النوادر والزيادات ل ٣٤١/ب .

(٦) نظر : للمدونة ٤٢٦، ٤٢٧ ، تهذيب للمدونة ص ١٠٤ .

استقبلت بعد طهرها منها سنة ، فإن تمت السنة ولم يأت وقت حيضتها انتظرت وقتها ، فإن انتهى اتسفت أيضاً السنة ووقت بحيضتها ، فإن انتهى عند وقتها فقد حلت ، لأنها قد تم لها ثلاثة قروء ، فإن لم تأت بها عند وقتها فقد حلت أيضاً ، لأنها قد مضى لها السنة ووقت حيضتها ولم تحض^(١) .

ومن العتبية : قال ابن نقاسم : وإن كانت ممن^(٢) لا تحيض إلا من سنة أشهر إلى مثلها أو من خمسة أشهر إلى مثلها فانقضت عدتها في الوفاة ولم يأت وقت حيضتها المعتادة فقد حلت وإن قُرب وقت حيضتها ، إلا أن ترتاب بحسّ البطن ، فإن مرّ بها وقت الحيضة ولم تحض رفعت إلى التسعة من يوم الموت^(٣) .

محمد : وقال أشهب عن مالك : إنها إذا لم يأت وقت حيضتها في شهور العدة ، أنها تقيم حتى تحيض ، ثم رجع إلى ما ذكرنا^{(٤)(٥)} .

وقال سحنون عن أشهب في أم الولد يموت سيدها أو يعتقها ، ولأمة تعتق أو تباع ، وشأنها أن تحيض في كل ستة أشهر ، أو في كل سنة مرة : إنهن يحلن بثلاثة أشهر إذا نظرهن نساء فلم يرين بهن شيئاً ، بخلاف الحرة ، لأن تلك عدة^(٦) وهذه ستبراء^(٧) .

قال أشهب : وهذا على آخر^(٨) قول مالك ، وعسى^(٩) قول قوله : يلغى تسعة أشهر^(١٠) .

(١) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٤١ ب ، ٣٤٢ أ .

(٢) "ممن" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : تهذيب الطال ل ٦٠ أ .

(٤) وهو أنها تحل بانقضاء العدة .

(٥) انظر : نوادر والزيادات ل ٣٤٢ ب .

(٦) في جميع النسخ "العدة" .

(٧) المصدر نفسه ل ٢٤٣ أ .

(٨) في أ ، ب "أحد" ، وهو تحريف .

(٩) "عسى" ليست في ز .

(١٠) تهذيب الطال ل ٦٠ أ .

قال الشيخ : يريد : إلا أن يحضن قبل ذلك .

قال عبد الوهاب : وأما التي ترتفع حيضتها لرضاع فلا تعتد إلا بالأقراء ، فتمكث متوقفة حتى تراه ، طال الوقت أم قصر ، ولإجماع على ذلك ، والمعنى .

فأما الإجماع فإن حَبَّانَ بْنَ مُنْقِذٍ^(١) / طلق امرأته وهي ترضع ، فمكثت نحو [١٢٩] هـ سنة لا تحيض من أجل الرضاع ، ثم مرض فخاف أن ترثه إن مات فخاصمها إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه وعنده علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ، فقال لهما : ما تريدان؟ فقالا : نرى أنها ترثه ، لأنها ليست من القوعد الأتني يئسن من الحيض ، ولأنه لا بُدَّ من اللاتي لم يحضن ، فهي عنده على حيضتها ما كان من قبيل أو كثير ، لم يمنعها إلا الرضاع ، فانتزع حَبَّانَ بَنَهُ ، فلما حاضت حيضتين مات حَبَّانَ فورثته ، فاعتدت عدة الوفاة^(٢) ، فأجمعوا أن التأخير بالرضاع لا يسوِّغ له الاعتداد بغير الحيض . وعلَّلوا ذلك بأنها ليست ممن لم تحض^(٣) ولا آيسة .

والمعنى هو : أن يجري لعدة بأن الرضاع^(٤) يؤثر في تأخير الحيض ، فلا يكون ذلك رية ، فإذا كان كذلك وجب انتظار زواله .

وأما تأخير الحيض بمرض ففيه روليتان :

إحدهما : أنه كالرضاع ، والأخرى : أنه رية .

فوجه القول أنه كارضع : أن سبب تأخير الحيض معروف ، وذلك لأن المرض يؤثر في ذلك ، لأنه يُضعف القوة ، أو يكون فيه ما يحرق الدم أو يجبس فكان كالرضاع .

(١) هو حَبَّانُ بْنُ مُنْقِذٍ بن عمرو لمازني الأنصاري ، له ولأبيه مُنْقِذٌ صحة ، شهد أحماً وما بعده مات في خلافة عثمان .

انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٣٦٤/١ ، الإصابة ٣٠٢/١ .

(٢) أخرج هذه القصة عبد الرزاق ، كتاب الصلوات ، باب تعدد أقراءه ما كانت ٣٤١، ٣٤٠، ٦ رقم (١١١٠) ، وابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته فتزفع حيضتها ١٧٣/٤ رقم (١٨٩٩) .

(٣) في " ممن تحيض " .

(٤) " بأن الرضاع " ليست في ز .

ووجه القول بأنه ريبة : أنه ليس فيه عادة متقررة بتأخير الحيض ، ولا اختصاص في ذلك ببعض الأمراض دون بعض فكان ريبة^(١) .
قال الشيخ : ونحو هذا كله في كتاب ابن المواز^(٢) .
قال^(٣) : وقاله في المرضع^(٤) عثمان وعلي وزيد^(٥) ومالك وأصحابه رضي الله عنهم^(٦) .

قال^(٧) عن مالك^(٨) : وإذا طلب الزوج انتزاع^(٩) ابنه الرضيع ليتعجل حيصتها^(١٠) خوفاً من ثرثه فذلك له في الطلاق لرجعي خاصة .
ولو^(١١) قال : لأني أريد نكاح أختها أو عمتها ، أو كانت رابعة فقال : أريد نكاح غيرها ، فذلك له بالفضاء إذا علم صدقه ، وأنه لتأخير الحيض ولم يطلب ضرراً بها ولا بالولد .
قال مالك : وهذا في صبي يقبر غير أمه ، وأما إن خيف عليه إن نُزِعَ منها مات فهذا لا ينزع منها ، وكذلك فيما ذكرنا إن كانت هي الطالبة لطحرحه ، وكله قول مالك في طلاق الرجعة .
وأما البائن وفي الوفاة فلا^(١٢) .

-
- (١) المعونة ٩٢٠/٢ . ٩٢١ .
(٢) انظر : النوادر والزبدات ل ٣٤٣/ب .
(٣) أي ابن المور .
(٤) في أ ، ب "المرص" ، وهو تحريف .
(٥) كما في قصة حبان بن منقذ وزوجته ، وقد تقدمت قريباً .
(٦) انظر : النوادر والزبدات ل ٣٤٣/ب .
(٧) سقط من ز .
(٨) أي ابن المواز .
(٩) في أ ، ب زيادة "ولده" .
(١٠) "لو" ليست في ز .
(١١) انظر : المصدر نفسه ل ٣٤٣/ب ، تهذيب الطالب ل ٦٠/أ ، ب .

قال الشيخ : وذكره ^(١) اختلاف لقول في ارتفاع الحيض لمرض ^(٢) .

قال : فروى ابن نقاسم عن مالك : أن عدتها سنة ، وقاله ابن القاسم وابن عبد الحكم وأصبغ .

وقال أشهب : عدتها بالأقراء وإن تباعدت .

ابن لموز : وهذا أحب إلينا ^(٣) .

قال الشيخ : لأن علتها واحدة ، أعني المرض والرضاع .

قال بعض فقهاءنا : وقد فرق بعض الناس بين الموضع والمريضة على قول ابن نقاسم من أجل أن الموضع تستطيع رفع ذلك بإسلام الولد ، ولا تستطيع ^(٤) رفع المرض ^(٥) .

ابن المراز : قال مالك ، وذكره ابن سحنون عن أشهب وعبد الملك وسحنون أنهم قالوا : عدة الموضع والمريضة في لوفاة أربعة أشهر وعشر ، وإن كانت أمة ثلاثة أشهر ، لأنه أقل ما يبرأ به الرحم ^(٦) .

وهن المدونة : قال مالك : والي لم تحض قط قبل الصلاق ، أو اليائسة من الحيض ترى الدم بعدما أخذت في عدة الأشهر ، فلترجع إلى عدة الحيض وتلغي أشهره ، وتصنع كما وصفنا في المرتابة ، هذا إن قال النساء فيما رأته اليائسة : إنه دم حيض ، وإن قلن : إنه ليس بحيض ، أو كانت في سن من لا تحيض ، من بنت السبعين أو لثمانين لم يكن ذلك حيضاً ، وتعدت في الأشهر ^(٧) .

وقال أشهب في غير المدونة : ولا تعتد به ولكنها تدع له الصلاة وتظهر منه ، وعدتها ثلاثة أشهر ^(٨) .

(١) أي وذكر ابن لمواز لمالك .

(٢) وقد تقدم قريباً من قول القاضي عبد الوهاب .

(٣) النوادر والزيادات ل ٣٤٣/ب .

(٤) أي المريضة .

(٥)، (٦) انظر : تهذيب الصالح ل ٦٠/ب .

(٧) انظر : المدونة ٢/٤٢٦ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

(٨) أي من يوم طلقه . انظر : النوادر والزيادات ل ٣٤٣/ب .

ومن المدونة : قال مالك : والعدة في الطلاق بعد الرية ، وفي الوفاة قبل الرية^(١) .

قال الشيخ : وإن كان ذلك لأن المطلقة إذا كانت / ممن تحيض مأمورة [١/١٣٠] بمطالبة الحيض لتعتم لأقراء فتعتمد بها كما أمرها الله عز وجل^(٢) ، فإذا فقدت الحيض فقد ارتابت ، فوجب أن تختبر ذلك بجلوس غلب مدة الحمل^(٣) ، والحمل تسعة أشهر ، فإذا جسستها ولم يتبين بها حملٌ فقد صارت من القواعد اللاتي لا يحضن ، فوجب أن تنتقل عدتها إلى الشهور ، فذلك قال . عدتها في الطلاق بعد الرية .

وأما المتوفى عنها زوجها فإنه عدتها بالشهور . فإذا مات زوجها أخذت في عدة ؛ إذ ليست بالشهور أمراً يعيب عنها كالحيض ، فإن جاء وقت حيضتها فلم تحضها رفعت إلى تسعة أشهر خوف الحمل ، فإن لم يتبين أمره حلت ، فصارت رية طارئة على عدة ، فلذلك قال مالك فيها : إن العدة قبل الرية . وبعد هذا بابٌ فيه إيعاب عدة المتوفى عنها زوجها^(٤) .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أتمت المرأة أربعة أشهر وعشراً في الوفاة ، ثم سترت نفسها انتظرت حتى تزول الرية عنها ، ثم تحل^(٥) .

قال مالك : وإذا كانت لأمة ممن تحيض فرفعتها حيضتها م يطأها المبتاع حتى يمضي له ثلاثة أشهر ، إلا أن ترقب فيرتفع بها إلى تسعة أشهر ، فإن زالت لرية قبلها حلت ، وإن تمادت بعدها م توطأ حتى تذهب الرية . وفي كتاب الاستبراء يعاب هذا^(٦) .

(١) نظر : المدونة ٤٢٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٣) "مدة الحمل" ليست في ز .

(٤) وهو الباب الثالث من هذا الكتاب .

(٥) أي للأزواج .

(٦) رسياتي ، وهو الكتاب الدث عشر .

قال مالك : وإذا اختلف الدم على المطلقة فرأته يومين أو ثلاثة ، ثم رأت الطهر مثل ذلك ، ثم رأت الدم كذلك ، فهي إن تمادى بها كالمستحاضة ، إلا أن يكون ما بين الدمين من الطهر ما لا يضاف بعضه إلى بعض فيكون الثاني حيضاً مؤتلفاً .

قال مالك : وليس الأربعة الأيام والخمسة وما قرب [منها] ^(١) بطهر .
 قل : وعدة المستحاضة من حرة أو أمة في الطلاق سنة ، إلا أن ترتب فتيقن إلى ذهاب الرية ، وإن كان لها قرءٌ معصومٌ اعتدت به ، لأنها حيثئذٍ من ذوات الأقراء ^(٢) .

وروي عن مالك : أن عدتها سنة على كل حال . لأن استحاضتها رية ^(٣) .
 وأما المرتبة بتأخير الحيض في الطلاق وهي أمة فكما ذكرنا في الحرة تعتد بالسنة ، تسعة أشهر براءة الرحم ، وثلاثة أشهر عدة .

وكذلك قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المرتبة والمستحاضة ^(٤) ^(٥) ،
 وأما في الوفاة فهما مأمورتان من يوم الوفاة بعدة الشهور ، أربعة أشهر وعشر للحر ، وشهران وخمس لبالأمة . فإن حدثت رية بتأخير الحيض أكملت من يوم الوفاة تسعة أشهر ثم حلَّت ^(٦) .

قال ابن لمواز : قال مالك : عدة لمستحاضة في الوفاة أربعة أشهر وعشر ، والأمة ثلاثة أشهر إلا أن تحس برية فتزبص إلى زوالها .

وروي عنه أيضاً : أن المستحاضة تقيم في الوفاة تسعة أشهر . لأن استحاضتها رية ^(٧) .

(١) من تهذيب المدونة .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٢٧ ، ٧٢٨ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٥٨ ب .

(٤) أخرجه عبد الرزق ، كتاب طلاق ، باب إذا ارتقت في حمل ١٨/٧ رقم (١٢٠١٤) .

(٥) انظر : المدونة ٢/٤٢٨ .

(٦) إلا أن تحس تحريكاً فتقيم إلى خمس سنين . انظر : تهذيب الطالب ل ٥٩ ب .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل ٦٠ ب .

قال^(١) : وإذا نكحت الأمة في عدة لوفة بعد شهرين وخمس ليالٍ وقبل ثلاثة أشهر فُسخ ، ولم يعاقب^(٢) . إلا أن تنكح قبل شهرين وخمس ليالٍ ، وقبل شهر ونصف في الطلاق .

وهذا كله قول أشهب ، لأنه لا يرأ رجم ولا يستين حمل في أقل من ثلاثة أشهر .

وروى أبو زيد عن ابن لقاسم في لعنتية في لأمة المرضع : أن عدتها في لوفة شهران وخمس ليالٍ ، وتحمل بها وإن لم تحض ، إلا أن تستريب بالحس^(٣) .
 ابن لموار : قار أصبغ : وإن تزوجت الحرة المستحضنة ، أو المسترابة بتأخير الحيض بعد أربعة أشهر وعشر في الوفاة وقبل ثم تسعة أشهر لم يفسخ نكحها ، لأنها / اعتدت بم أمرت به ، وقد أهبهم الله ذلك^(٤) ، وقد عليم أن منهن من تحمل ، وإنما الزيادة استظهار ، إلا أن تجد من بطنها حركة فبفسخ إن نكحت قبل ذلك وقبل زوالها^(٥) .

وإذا استبرأت معتدة بحس بطنها جلست خمس سنين ، فذلك أقصى كل عدة يلحق فيها ولد ، أو استبراء ، وهذا في الطلاق وعوفة وغير ذلك .

قال عبد الوهاب : وعنه^(٦) في أكثر مدة الحمل ثلاث روايات :

أحدها : أربع سنين ، والثانية : خمس سنين ، والثالثة : سبع سنين ، وفائدة لآلاف امتداد التريض بمرتبة ، وأن المطلقة إذا أتت بولد لأكثر من مدة الحمن من وقت الطلاق لم يلحق به .

(١) أي ابن لموار .

(٢) في أ "يعاقباً" .

(٣) في ز "باجنين" .

(٤) أي فلا تحمل حتى تنهب الرية عنها ، وتبلغ إلى أقصى أمد الحمل .

انظر : العنتية مع لبياد وانحصيل ٤٧٦/٥ ، تهذيب الطالب ١/٦٠ .

(٥) أي في قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ مِنكُم مَّن لَّا يَمْسَسُكُمْ أَرْوَاحُهُمْ يُتْرَكُونَ أَن يُفَسِّحُوا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل ١/٦٠ .

(٧) أي لإمام مالك .

فوجه الأولى : ضرب عمر بن الخطاب رضي الله عنه لامرأة بمفقود أربع سنين^(١) ، لأنه أكثر مدة الحمل ، وروي مثله عن عثمان وعبي رضي الله عنهما^(٢) ولا يخالف لهم .

وقد ذكر أصحابنا المدينون : أن نساء الماجشون كن يبدن لأربع سنين .
ووجه الاعتبار بالخمس : أن ذلك قد وجد ، وذكر عن ابن عجلان^(٣) وجوده .

قال : وأما السبع سنين فلم نقف على وجه لها^(٤) .
قال الشيخ : ومن المدونة : أن امرأة ابن عجلان ودت له^(٥) أيضاً^(٦) في سبع سنين^(٧) ، وهذا وجه الثالثة .

(١) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب عدة التي تفقد زوجها ٤٥٠/٢ رقم (٥٢) .

(٢) أخرجهما أبيهقي ، كتب بعدد ، باب من قل : تنظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشرًا ثم تحل ٧٣٢/٧ رقم (١٥٥٦٩، ١٥٥٦٧) .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن عجلان القرشي المدني ، مام ، قنوة ، عابد ، فقيه ، كانت له حلقة بمسجد النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان يقني ، حدث عن أبيه وأمس بن مالك وعمرو بن شعيب وهشام بن عروة وخلق كثير . توفي بالمدينة سنة ١٤٨هـ .

انظر : الطبقات ٤٣٠/٥ ، سير أعلام النبلاء ٤٨١/٦ ، شذرات الذهب ٢٢٤/١ .
(٤) انظر : المعونة ٩٢٤، ٩٢٣/٢ .

(٥) "له ليست في ز .

(٦) قال : أيضاً ، لأنه ذكر قبل ذلك أنها وضعت له ولداً في أربع سنين .

(٧) انظر : المدونة ٤٤٤/٢ .

[الباب الثالث] في الانتقال من عدة إلى عدة ومن أين تحسب عدة الوفاة والطلاق؟

[فصل ١ - في انتقال الحرة من عدة إلى عدة]

قال الله سبحانه : ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(١) فوجب لذلك إذ مات الزوج وزوجته في عدة من طلاق غير بائن ، والطلاق في صحته أو في^(٢) مرضه أن تنتقل إلى عدة الوفاة ، وترثه . لأن أحكام الزوجية جارية عليها ، وقاله مالك^(٣) .

ابن وهب : وقال ابن عباس وسليمان بن يسر : عليها أقصى الأجلين^(٤) ^(٥) . قال الشيخ : ووجه ذلك : أن كلا العدتين لزمتهما ، فاحتاط لها بأن تبلغ أقصاها .

وفي كتاب ابن المواز : إن الموت يهدم العدة كما تهدمها الرجعة^(٦) . ومن المدونة : قال مالك^(٧) : وإن مات وهي في عدة من طلاق بائن ، والطلاق في صحته أو في^(٨) مرضه لم تنتقل إلى عدة وفاة ، وتماذت على عدة

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

(٢) "في" ليست في أ ، ب في الموضعين .

(٣) انظر : المدونة ٤٢٩/٢ .

(٤) وهما عدة الوفاة وعدة الطلاق .

(٥) أثر ابن عباس أخرجه مسلم ، كتاب الطلاق . باب انقضاء عدة الترفى عنها زوجها وغيرها

بوضع الحمل ١١٢٣/٢ رقم (١٤٨٥) .

وانظر : المدونة ٤٢٩/٢ .

(٦) أي تنتقل المرأة من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة .

انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٤٥/١ .

(٧) "مالك" ليست في أ ، ب .

الطلاق ، لأن الموت صادفها وهي أجنبية ، وورثته في طلاق المرض لافي طلاق الصحة .

وكذلك إن مات بعد العدة ، والطلاق بائنٌ أو غير بائنٍ ، فلا عدة عليها لو فاتته ، وترثه في طلاق المرض لافي طلاق الصحة^(١) .

فصل [٢ - في انتقال الأمة من عدتها إلى عدة الحرائر وعدمه]

قل مالك : وإذا مات عن الأمة زوجها ، فلما اعتدت شهراً أو شهرين عتقت ، فإنها تبني على عدة الأمة ، ولا تنتقل إلى عدة الحرائر ، وكذلك إن طلقت طلاقاً بائناً أو غير بائن فاعتدت حيضةً أو شهرين ثم عتقت . فلتبن عسى عدتها ولا تنتقل إلى عدة الحرائر^(٢) .

قال الشيخ : لأن العدة الأولى قد زمتها عدة أمة ، فلا تأثير للعتق فيما قد لزمها ، بخلاف الموت ، لأن الموت لم ينقلها من عدة الأمة ، وإنما نقبها من عدة طلاقٍ إلى عدة موت^(٣) ، لأنها زوجةٌ مخاطبةٌ بعدة الموت كالحرث ، وفي العتق^(٤) ، يريد : أن تنتقل من عدة أمةٍ إلى عدة حرةٍ فلم يجب . ولأن الموت أمرٌ يوجب العدة كالطلاق ، فوجب أن تنتقل إلى عدته كل زوجة ، لأنها مخاطبةٌ بها ، والحرية لا توجب عدة ، فلا تنقلها عما كان^(٥) لزمها ، والله أعلم .

وقال أبو حنيفة : تنتقل إلى عدة الحرث في الطلاق الرجعي قياساً على الموت^(٦) .

(١) انظر : المدونة ٤٢٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

(٢) انظر : المدونة ٤٣٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

(٣) في ز "زوجة" .

(٤) في ز "العدة" ، وهو تحريف .

والمراد بقوله : وفي العتق ، أي قول مالك في الأمة إن عتقت وهي في عدة طلاق فلا تنتقل إلى عدة الحرائر كما تقدم .

(٥) "كان" ليست في ز .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٨ ، مختصر القليوبي مع شرحه الباب ٨١/٣ .

قال ابن المراز : / إذا طلقت واحدة ، ثم عتقت ، ثم مات الزوج فإنها [١/١٣١] تنتقل إلى عدة الوفاة عدة الحرائر ، ولو عتقت بعد موته انتقلت إلى عدة الوفاة عدة الأمة^(١) .

قال الشيخ : لأنه لما وجب الانتقال راعت حال نفسها لبطلان العدة الأولى .

قال ابن المراز : قال مالك : ومن طلق زوجته واحدة ثم ارتجع فلم يطأها حتى طلقها ثانية فلتأنتف العدة .

ولو خالعهما ثم نكحها في العدة فسم يطأها حتى طلقها في العدة ثانية ، فلتبن^(٢) على عدتها .

ولو نكحها بعد الخلع ثم مات قبر البناء كان عليها أقصى الأحيين مع الإحداد من يوم موته^(٣) .

قال الشيخ : وذكر عن الشيخ أبي عمران أنه عترض قوله : عليها أقصى الأجلين ، فقال : لا يزم هذا إم أن^(٤) يجعنها تمضي على عدة لطلاق ، أو يجعل النكاح قد هدم عدة الخلع ، فتعتد عدة الوفاة فقط .

قال : ويلزمه على هذا أن احامل إذا خالعهما زوجها ، ثم تزوجها وتوفي عنها قبل الدخول أن يوجب عليها أقصى الأجلين .

فكأنه^(٥) نحا أن وضع الحمل تنقضي به عدتها ، وأن غير الحامل انقضاء عدتها أربعة أشهر وعشر من يوم مات زوجها^(٦) .

(١) انظر : النوادر والزيادات ٥٤٥/١ .

(٢) "فلتبني" ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه لـ ٣٤٤/ب ، ٣٤٥/أ ، تهذيب الطائبا لـ ٦٠/ب .

(٤) "أن" ليست في أ .

(٥) أي أبي عمران .

(٦) انظر : المصدر نفسه لـ ٦٠/ب .

قال الشيخ : ووجه قول محمد^(١) : أنها بالخلع صارت أجنبية ، ولو مات قبل تزويجها لم تعتد منه ، فهي بخلاف غير البائن ، لأن تلك زوجة تعتد ، وموته يهدم عدتها ، ولا يهدم عدة هذه ، فهي على تلك اعدة حتى يدخل بها . ألا ترى أنه لو طلقها قبل أن يدخل بها لثبتت على عدة الأولى ، فلما كان الأمر كذلك رأى أن كلا العتين قد لزمتهما ، فجعل عليها أقصى لأجلين ، إذ لا تدخل عدة الحيض^(٢) في عدة الشهور .

وأما الحامل فعدها في الموت والخلع واحد ، وهو وضع الحمل ، فلم يغير الحمل^(٣) عنها شيئاً ، فلم يلزمه الاعتراض بالحامل لما بيناه ، والله أعلم .

[فصل ٣ — في عدة من مات زوجها الذمي بعد إسلامها]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أسلمت ذمية تحت ذمي ، ثم مات زوجها لم تنتقل إلى عدة الوفاة^(٤) .
قال الشيخ : لقوله عز وجل : ﴿وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مِنْكُمْ وَإِذَا أَرْوَاهُ﴾^(٥)
والذمي ليس مِنَّا حتى يُسلم .

(١) وهو أن عليها أقصى الأجلين من عدة الطلاق أو عدة الوفاة .

(٢) في "الحمل" .

(٣) هكذا في جميع النسخ ، ولعل الصواب "الموت" .

(٤) انظر : المسونة ٤٤٦/٢ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

[فصل ٤ — في عدة الوفاة والطلاق من أين تُحسب؟]

قال مالك : وإذا بلغ المرأة موت زوجها فعدتها من يوم مات .
 قال الشيخ : كما أوجب الله عز وجل^(١) ، لأن الأوامر عندنا على الفور .
 قال مالك : وإن لم يبلغها ذلك حتى نقضت عدتها فقد حلت ، ولا إحداد عليها ، وكذلك لو طلقها وهو غائب فعدتها من يوم صق ، إذا قامت على الطلاق بينة ، وإن لم يكن عسى ذلك بينة إلا أن ازوج قل لما قدم : كنت طلقته ، فالعدة من يوم^(٢) إقراره .

قال الشيخ : لأنها حق لله عز وجل فلا يصدق في إسقاطها .
 قال مالك : ولارجعة له في مادون الثلاث إذا تمت العدة من يوم دعواه ، ولا يرثها^(٣) .

قال الشيخ : لأنه أقر أنها بانته منه .
 قال مالك : وترثه في العدة الموتفة ، لأنها في ظاهر الحكم معتدة من طلاق رجعي^(٤) .

[فصل ٥ — فيما ترده المعتدة من مال زوجها]

قال : ولو كان نكاح بائناً لم يترثا بحال ، ولا يرجع عليها بما أنفقت من ماله بعد طلاقه قبل علمها لأنه قرط^(٥) .
 قال ابن المواز : ولو قدم عليها رجل فشهد بطلاقها وأعلمها ، أو رجل وامرأتان فبيس ذلك بشئ حتى يشهد غيره ممن يحكم به السبطان في الطلاق ، وترجع بما تسلفت عليه .

(١) يشير إلى الآية السابقة .

(٢) "من يوم" ليست في أ .

(٣)، (٤)، (٥) انظر : المصدر نفسه ٤٢٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

وكذلك روى أشهب عن مالك في العتبية^(١) .
وقال سحنون عن ابن ذئب : لا ترجع بما تسلفت عليه ، بخلاف ما أنفقت من ماله^(٢) .

ومن المدونة : وأما المتوفى عنها زوجها فإنها ترد ما أنفقت من ماله بعد وفاته^(٣) ، لأن ماله صار لساير ورثته ، فليس لها أن تختص بشئ منه دونهم .

قال مالك في المطلقة واحدة تقيم سنة ثم يهلك زوجها فتقول : / لم أحض [١٣١] ب :
الإحيضة واحدة ، وتطلب الميراث ، فإن كانت ترضع صدقت ، وإلا لم تصدق ،
إلا أن تكون كانت تذكر تأخير حيضها وتظهر ذلك فتصدق^(٤) .

وذكر عيسى عن ابن القاسم في العتبية قال : أما الموضع^(٥) فتصدق حتى تقطم ولدها وبعد فطامه سنة .

وإذا غير الموضع فتصدق حتى تأتي عليها سنة ، ذكرت ذلك أو لم تذكره ،
وعليها اليمين ، إلا أن يكون سمع منها أنها حاضت ثلاث حيض^(٦) (٧) .

(١) أنه قال : أرى له النفقة عليه إذا لم تكن علمت بطلاقه ، ويكون عليه مما تسلفت قدر النفقة عليها . انظر : ائتمية مع البيان والتحصيل ٣٧٦،٣٧٥/٥ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٤٩/ب .

(٣) انظر : الملونة ٤٥٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٠/ب .

(٥) أي المضقة التي مات زوجها وتدعي أنها لم تحض إلا واحدة وتطلب الميراث .

(٦) قال ابن رشد : ولا تصدق إذا انقضت السنة فطبت الميراث وزعمت أن عدتها لم تنقض ، لأن بها حساً يجده في بطنها حتى يراها النساء فيصدقنها فيما ادعت من ذلك .

البيان والتحصيل ٤١٩/٥ .

(٧) العتبية مع البيان والتحصيل ٤١٩/٥ ، تهذيب الطالب ل ٦٠/ب .

[الباب الرابع] جامع القول في الإحداد^(١)

[فصل ١ — في معنى الإحداد ومشروعته]

أصل الإحداد في كلام العرب لمنع ، كقولهم : أَحَدَّت المرأة عسى زوجها ، أي : مَنَعَتْ نفسها من الزينة .
وفيهما لغتان : أَحَدَّت ، وَحَدَّت ، ومنه الحد في العقوبات ، لأنه يمنع من إتيان ما يوجبها من سرقة أو زنا أو فُرْيَةٍ^(٢) .
وروى مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا يَحُلُّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحَدَّ على ميتٍ فوق ثلاث ليالٍ إلا على زوجٍ أربعة أشهرٍ وعشراً"^(٣) .
وجاءته صلى الله عليه وسلم امرأة فقالت : إن ابني توفي عنها زوجها ، وقد شئتُ عينيها أفنكحلهما؟ قال : " لا " ، قالت ذلك مرتين أو ثلاثاً ، كل ذلك يقول : " لا " ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إنما هي أربعة أشهرٍ وعشراً " ، وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول"^(٤) .

- (١) ذكر المؤلف معنى الإحداد لغة ، وانظر أيضاً : اللسان ، مادة (حَدَّ) .
وهو شرعاً ترك ما عوزة ولو مع غيره . شرح حدود ابن عرفة ٣١٢/١ .
وقد ابن أبي زيد : والإحداد أن لا تقرب لمعدة من الوفاة شيئاً من الزينة بحلي أو كحلٍ أو غيره . الرسالة ص ٢٠٧ .
- (٢) انظر : تهذيب الطال ل ٦٠ ب .
- (٣) (٤) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً ١٨٥/٦ .
وسلم ، كتاب الطلاق ، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ١١٢٣/٢ ، ١١٢٤ .
رقم (١٤٨٦) ، (١٤٨٨) ، ومالك ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الإحداد ٤٦٦ ، ٤٦٥/٢ .
رقم (١٠٣ ، ١٠١) .

قالت زينب بنت أبي سلمة^(١) : كانت^(٢) المرأة في اجاهلية إذا مات زوجها
دخست حِفْطًا^(٣) لها ، ولبست شَرَّ ثيابها ، ولم تَمَسَّ طيباً ولا شيئاً حتى تمرَّ سَنَةً ، ثم
تَوَتَّى بدبة ، حمارٍ أو شاةٍ أو طيرٍ ، فَتَقْتَضُ به^(٤) فقلماً تَقْتَضُ به شيء إلا مات ، ثم
تخرج فتعطى بَعْرَةَ قَتْرَمِي بها من وراء ظهرها ، ثم تَرَّاجِع بَعْدَ ما شاءت من الطيب
وغيره^(٥) .

قال عبد الوهاب : إنما مُنعت احاداً من الطيب وغيره من^(٦) الزينة لأنهما
داعيان إلى النكاح ، فَمُنعت من ذلك كما مُنع المحرم منه ، ولأنها لما^(٧) مُنعت من
التصريح بالقول^(٨) كانت بأن تُمنع مما هو أبغ مما يدعو إلى ذلك أولى^(٩) .

(١) أي لما سألتها حميد بن رافع وقال لها . ومارمي بلعرة على رأس خول؟ كم في الصحيحين
والموطأ ، وزينب هي راوية الحديث .

(٢) هي زينب بنت أبي سمة بن عبد الأسد المخزومية ، ربيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ،
وُلدت بأرض الحبشة وتزوج النبي صلى الله عليه وسلم أمها أم سلمة وهي ترضعها ، كانت
من أفقه أهل زمانها .

انظر : الطبقات ٣٣٧/٨ ، الإصابة ٣١٠/٤ .

(٣) قال مالك : وحِفْطٌ : البيت الردي . الموطأ ٤٦٦/٢ .

وقال لحي : حِفْطٌ بكسر الحاء : حِفْطٌ بيت في الدر . شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٩٣ .

(٤) قال مالك : وتَقْتَضُ : تمسح بها جلدها كالنشرة .

وعلق محمد فؤاد عبد الباقي على ذلك بقوله . قال ابن وهب : معناه تمسح بيدها عليه أو على
ظهره ، وقيل : معناه تمسح به ثم تقض ، أي تغتسل بالماء العذب ، والافتقاض : الاغتسال
بماء لعذب للإبقاء حتى تصير كالفضة . الموطأ ٤٦٦/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٤٦٦ ٢ رقم (١٠٣) ، دهر في صحيح مسلم أيضاً .

(٦) "غيره من" ليست في أ ، ب .

(٧) "لما" ليست في أ ، ب .

(٨) أي بالخطبة .

(٩) انصر : المعرنة ٩٢٩/٢ .

[فصل ٢ — في المطلقة هل عليها إحداث؟]

ومن المدونة : قال مالك : ولا إحداث على مطلقة بثلاث أو واحدة ، قال : وعلى كل معتدة من وفاة زوجها الإحداث . وإن كانت صغيرة أو ذمية تحت مسلم ، لعموم الخبر ^(١) ^(٢) .

وإنما لم يكن عسى لمصلحة إحداث لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحب على ميت إلا على زوج " ^(٣) ، ولأن المطلقة لها من يحرسها ويمنعها من التزويج وهو الزوج ، فممنع من الطيب والزينة الداعيين إلى النكاح ، والمتوفى عنها زوجها بخلافها ^(٤) .

[فصل ٣ — في إحداث الكتابة]

ومن المدونة : وابن نافع لا يرى على الكتابة إحداث ^(٥) .
قال الشيخ : فوجه قول مالك ^(٦) : عموم الخبر ^(٧) ، ولأنها زوجة متوفى عنها زوجها كالمسلمة ، ولأن عدتها في الوفاة والطلاق كعدة الحرة المسلمة . فكذا الإحداث .

وجه قول ابن نافع : قوله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحب على ميت إلا على زوج " ، فجعل من وصف الحاد الإيمان ^(٨) .

(١) وهو قوله عليه الصلاة والسلام : ' لا يحل لامرأة ... الحديث ، كما ذكر مؤلف نقلًا عن القاضي عبد الوهاب .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٣٠ ، ٤٣٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

(٣) سبق تخريجه قريباً .

(٤) انظر : المعونة ٢/٩٢٩ .

(٥) انظر : المدونة ٢/٤٣٠ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

(٦) أي أن الكتابة تحت مسلم عليها إحداث إن توفي عنها زوجها ، وقد تقدم قريباً .

(٧) أي السابق .

(٨) والكتابة ليست من أهل الإيمان . انظر : المعونة ٢/٩٣٠ .

وقول مالك أصح ما قدمنا^(١) .

[فصل ٤ — في إحداد الأمة]

ومن المدونة : قال مالك : وعلى الأمة الإحداد^(٢) .

قال الشيخ : لعموم الأخبار ، واعتباراً بالحرمة لعمدة كونها زوجة متوفى عنها^(٣) .

قال مالك : وتعتد حيث كانت تبيت ، وليس ساداتها منعها من ذلك ، ولهم أن يخرجوها نهاراً للبيع . ولا يبيعونها إلا ممن لا يخرجها من الموضع لذي تعتد فيه حتى تتم العدة ، ولا يزينوها للبيع بما لا تلبسه الحاد^(٤) .

قال ابن حبيب : قال مطرف وابن القاسم عن مالك : ولا لإحداد على [١٣٢/] امرأته حتى تنقضي الرية وإن بلغت خمس سنين^(٥) .

[فصل ٥ — فيما لا تلبسه الحاد ولا تستعمله]

ومن المدونة : قال مالك : ولا تلبس الحاد شيئاً من الأصباغ ، قل عروة : إلا أن تصبغ بسواد .

قال مالك : ولا تلبس رقيق عصب اليم^(٦) ، ووشع في غليظه ، وتبس رقيق انبياض كله ، وغليظه من الحرير والكتان وانقطن .

(١) وصححه القاضي عبد الوهاب أيضاً . انظر : المصدر نفسه ٩٣٠/٢ .

(٢) انظر : المدونة ٤٣٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

(٣) انظر : المعونة ٩٢٩/٢ .

(٤) انظر : المدونة ٤٣١٠٤٣٠/٢ ، نهذيب المدونة ص ١٠٤ .

(٥) النواحر والزيادات ٣٤٧/ب .

(٦) عصب اليم : يفتح العين هي ثياب تأتي من اليم . انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٤٤ .

قال : ولاتلس خَزًّا^(١) ، قال مالك في المختصر الكبير : إلا الأبيض منه ، والأسود .

ومن المدونة : قال مالك : ولاتلس ماصبغ من ثياب أو جَبَاب^(٢) ، حرير أو كَتَان أو قِطْن أو صوف وإن كان أخضر أو أدكن إلا أن لا يتجد^(٣) غيره فتضطر إليه .

قال ابن القاسم : وهذا إذا كانت بموضع لا يتجد استبدالاً به فيجوز لها لبسه للضرورة ، وإن وجدت بدله يبيع فليس لها لبسه .

قال مالك : ولاتلبس حُلِيًّا ، ولا قُرْطًا^(٤) ، ولا خِثْمًا ، ولا خَلْجَالًا^(٥) ، ولا سواراً ، ولا خاتم حديد ، ولا خِرْص^(٦) ذهب أو فضة ، ولا تَمَسُّ طَبِيًّا .

قال ابن عمر : ولا تختضب ، قال ربيعة : ولا تَحْنِطُ مَيْتًا .

قال مالك : ولا تَدَهِّنْ بَزْبَق^(٧) ، ولا بَنْفَسَج^(٨) ، ولا خَيْرِي^(٩) ، ولا شيء من

(١) انظر : المدونة ٤٣١/٢ ، ٤٣٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

(٢) جَبَاب جمع جَبَّة وهي : ضرب من مَقَطَّعات الثياب تلبس .

انظر : اللسان ، مادة (جَبَب) .

(٣) "لا" ليست في أ .

(٤) الْقُرْط : نوع من حلّي الأذن معروف . انظر المصدر نفسه ، مادة (قَرَطَ) .

(٥) الْخَلْجَال : هو الذي تلبسه المرأة في ساقها . انظر : المصدر نفسه ، مادة (خَلَّلَ) .

(٦) الْخِرْص بالضم والكسر : حلقة صغيرة من احلي ، وهي من حلّي الأذن .

انظر : المصدر نفسه ، مادة (خَرَصَ) .

(٧) بَزْبَق : هو دهن خلّ المرّيب باليسمين .

المعتمد في الأدوية المفردة ص ٢٠٧ .

(٨) الْبَنْفَسَج معروف ، وهو من الرباحين المشمومة ، ورقه إذا ضُمد به وحده أو مع دقيق الشعير سَكَنَ الأورام الحارة ، ويبرد وينفع من لتهاب المعدة . انظر : المصدر نفسه ص ٣٥ ، ٣٦ .

(٩) الْخَيْرِي : نبات معروف ، له زهر مختلف ، بعضه أبيض وبعضه فرفيري ، وبعضه أصفر نافع في أعمال الطب ، ودهن الخيري طيب محسّن مسكّن سحرجات . وهو شديد التحليل لأورام لرحم وأورام المفاصل . انظر : المصدر نفسه ص ١٤٤ ، ١٦٧ .

الأدهان المريبة^(١) ، وتذهبن بالزيت والمُشْرِج^(٢) .
 قال : ولا تمشط بجناء ولا كتم^(٣) ، ولا بما يجتمر في رأسها ، وتتمشط^(٤) بالسدر وشبهه مما لا يجتمر في رأسها .
 قال : ولا تكتحل إلا من ضرورة فلا بأس به وإن كان فيه طيب ، ودين الله يُسر^(٥) .
 ابن المواز : قال مالك : وتكتحل بالليل وتمسحه بالنهار ، وروي ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم^(٦) .
 قال : ولا تحضر عمل الطيب ، ولا تبعه ، ولا تنجر به وإن لم يكن لها تكسب إلا فيه حتى تحل .
 وروى أشهب عن مالك في سبي مات زوجها وقد امتشطت : لا تنقض مشطها ، أرأيت لو اختضبت ، وقاله ابن نافع^(٧) .

-
- (١) يقار : رببت الدهن : طيبته وأحذته ، قال اللحياني : رببت الدهن . غذوته بالياسمين أو بعض لريحين ، قل : ويجوز فيه ربيته ، ودهنٌ مرببٌ إذ رُببَ الحُبُّ الذي اتخذ منه باطوب . انظر اللسان ، مادة (رَبَبَ) .
 (٢) المُشْرِج : هو دهن اخل ، ويستخرج بطحن السمسم وعجنه بساء الحار ، وهو حارٌ وطيب ، مفقذٌ ملينٌ . انظر : المعتمد في الأدوية المفردة ص ٢٧٩ .
 (٣) الكتم : من شجر الجبال ، ويعدُّ شيئاً لحياً ، يحفف ورقة ويخلط بالحناء ويخضب به الشعر فيبقى لونه ويقويه وهو أخضر . انظر : المصنوع نفسه ص ٤١٣ .
 (٤) في أ ، ب "ولا تمشط" .
 (٥) انظر : المدونة ٤٣١/٢ - ٤٣٣ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .
 (٦) أخرجه أبو دود ، كتاب الطلاق ، باب فيما تجتنب المعتدة في عدتها ٧٢٨، ٧٢٧/٢ رقم (٢٣٠٥) ، والنسائي ، كتاب الطلاق ، باب الرخصة للحادة أن تمشط بالسدر ١٤٨/٦ رقم (٢٥٣٧) ، والبيهقي ، كتاب العدد ، باب المعتدة تضطر إلى الكحل ٧٢٤/٧ رقم (١٥٥٣٨) قال الحافظ ابن حجر : إسناده حسن . بلوغ المرام ص ٢٣٥ رقم (١١٣٩) .
 (٧) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٤٧/أ ، ب .

قال ابن أبي زمنين : وروى البيهقي عن أشهب أنه قال : لا تدخل الحمام^(١) ، ولا تطلي بالنورة^(٢) ، ولا بأس أن تستجد^(٣) (٤) .
وقال غيره : ها أن ندخل الحمام ، ولا بأس أن ننظر في المرأة وتقسم^(٥)
أظفارها ، وتدهن رأسها بالزيت ومالاطيب فيه^(٦) .
وسبيل الأمة وأم الولد والمكاتبه والمديرة سبيل الحرة المسلمة البالغة في
الإحداذ ولزوم العدة من لأزواج ، إلا أن عدة من فيها بقية رقب في وفاة زوجها
على النصف من أمد عدة الحرة^(٧) .
وقد تقدم هذا ووجهه^(٨) .

-
- (١) الحمام : هو مكان الاغتسال بالماء الحار . معجم لغة الفقهاء ص ١٨٦ .
(٢) نورة : هي ما يعمل من صدف حيوان بحري ومن حجارة مستديرة ومن ردى الرخام ، وهي
تقطع نزف الدم من الجراحات ، وإذا غسلت بالماء مراراً كثيرة نفعت من حرق الدر . المعتمد
في الأدوية المفردة ص ٤٢٨ .
(٣) الاستحداذ : حلق شعر العانة بالحديد . غريب الحديث ١/١٩٦ .
(٤) تهذيب الطالب ل ٦١/٤ .
(٥) "في المرأة وتقسم" مكانها يابض في أ ، ب .
(٦)، (٧) انظر : المتنونة ٤٣٢/٢ ، تهذيب المتنونة ص ١٠٤ .
(٨) أي في الباب الثاني من هذا الكتاب .

[الباب الخامس]

في عدة أم الولد من وفاة سيدها وزوجها

[فصل ١ - في عدة أم الولد من وفاة سيدها
أو عتقه إياها ، أو وفاة زوجها]

قال مالك رحمه الله : وعدة أم الولد من وفاة سيدها أو عتقه إياها حيضة ، وقاله ابن عمر^(١) وزيد بن ثابت^(٢) وكثير من السلف^(٣) .

قال نافع^(٤) : وقد أعتق ابن عمر أم ولده ، فلما حاضت حيضة زوجها^(٥) . قال ابن القاسم : وأم الولد إذا مات زوجها وسيدها ولم يعلم أيهما مات أولاً فلتعتد من أحدث الموتين أربعة أشهر وعشر^(٦) ، مع حيضة^(٧) .

قال سحنون : وهذا إذا كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال ، أو لم يعلم كم بينهما ، وإن كان بينهما أقل من شهرين وخمس ليال - يريد : أو شهرين وخمس ليال سواء - فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشر فقط^(٨) .

قال الشيخ : وإنما قار ذلك لاحتمال أن يكون الزوج مات أولاً ، فيجب عليها لوفاة شهران وخمس ليال ، فإذا كان ذلك بين الموتين أو أقل لم يجب عيها لموت السيد حيضة ، لأنها لم تحل له بعد ، وإذا كان بين الموتين أكثر من ذلك فقد حلت للسيد ، فيجب / عليها بموته حيضة ، فوجب عيها في هذا الوجه شهران وخمس ليال مع حيضة ، وإن كان موت السيد أولاً فقد صارت حرة ، ثم مات

(١) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب عدة أم الولد إذ توفي عنها سيده ٤٦٣/٢ رقم (٩٢) .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب من قال عدة أم الولد حيضة ١٥٠/٤ رقم (١٨٧٥٠) .

(٣) كالحسن البصري وربيعة وسليمان بن يسار . انظر : المدونة ٤٣٨/٢ ، ٤٣٩ .

(٤) في جميع نسخ "ابن نافع" ، وهو خطأ .

(٥) وفي المدونة ٤٣٩/٢ "زوجها" .

(٦) (٧) انظر : المصدر نفسه ٤٣٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

زوجها فعدتها منه أربعة أشهر وعشر^(١) ، فما شكك ذلك احتيط له ، فجعل عليها أربعة أشهر وعشر^(٢) مع حيضة ، إذ اشهور من جنس واحد^(٣) ، فأغنى الأكثر عن الأقل ، والحيضة ليست من جنس الأشهور ، فلا بد منها ، فإن حاضتها في الأشهور أجزأتها ، وإلا طالبتها بعد الأشهور ، وإنما لم يحب عيها حيضة ، إذ ليس بين الموتين شهرين وخمس ليال فأدنى ، فالأربعة أشهر وعشر^(٤) تجري من الشهرين وخمس ليال ، وبالله التوفيق .

قال الشيخ : وبلغني أن غير واحد من القرويين قال : إنما هذا على رواية بن وهب عن مالك في الأمة تباع فيرتفع دمها : أنها تسترى بتسعة أشهر .
وأما على قول ابن القاسم الذي يرى أنه يرثها ثلاثة أشهر ، فلاحيضة عليها وإن كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال ، لأنها تعتد من أحدث الموتين أربعة أشهر وعشر^(٥) ، فإن عدت حيضة فيجب فقد زادت على الثلاثة أشهر التي تبرئها^(٦) .

قال الشيخ : وهذا الذي ذكره^(٧) غير صحيح ، لأن الحيضة في أم الولد من وفاة سيدها ، أو عتقه إياها عدة ، لقوة الاختلاف فيها . فهي بخلاف الأمة في هذا ، فإذا كانت عدة لها من سيدها ، وعيها عدة من زوجها أربعة أشهر وعشر^(٨) احتياطاً ، فلا بد من مطالبة أقصى الأجلين كقول ابن القاسم فيمن نكح في عدة وفاة ودخل بها ، ففرق بينهما : أنه تعتد أربعة أشهر وعشر^(٩) من يوم توفي عنها زوجها مع ثلاث حيض^(١٠) ، فتصالب أقصى الأجلين ، فكذلك أم الولد في مسألتنا ، لأنها تعتد من اثنين .

قال بعض القرويين : وإن جاءت بولد فإنه ابن للزوج^(١١) .

(١) انظر : النكت والفروق ل ٧٨ / ١ .

(٢) أي القرويين .

(٣) انظر : المسونة ٤٤٠ / ٢ .

(٤) لأن فراشه متيقن ، واسيد لا يدري هل له فراش أم لا .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٢ / ب .

ومن المدونة : قال مالك : ولأميراث لها من زوجها ، لأنه توريت بالتشك حتى يُعلم أن السيد مات قبل زوجها .
 قال مالك : وعدة أم لولد من وفاة سيدها أو عتقه إياها حيضة ، وإن كانت ممن لاحتيض ثلاثة أشهر ، إذ لا يبرأ رحم بأقل من ذلك .
 قال سليمان بن يسار : أو تكون حاملاً فحتى تضع^(١) .
 ومن غير المدونة : ومن أعتق أمته أو أم ولده في عدة وفاة أو طلاقٍ حلت بتمام العدة ولو لم يبق منها إلا يوم ، ولو أعتقها بعد خروجها من العدة فأم الولد تأتلف حيضة ، والأمة تحل مكانها^(٢) .

[فصل ٢ — في أم الولد إن مات سيدها في أول حيضتها]

ومن المدونة : قال مالك . ولو مات سيد أم الولد وهي في أول دم حيضتها أو غاب عنها فحاضت بعده حيضاً كثيرة ، ثم مات في غيبته فلا بد لها من استئناف حيضة بعد موته .
 قال ابن القاسم : لأنها عدة لها ، بخلاف استبراء الملك ، ولقوة الاختلاف فيها قد قال بعض العلماء : عيها أربعة أشهر وعشرًا ، وقال بعضهم : ثلاث حيض^(٣) .
 قال عبد الوهاب : فالذي قال : أربعة أشهر وعشرًا عمرو بن العاص ،

(١) انظر : المدونة ٢/٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٩ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

(٢) النودر والزيادات ج ٣/٢٤٥ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٣٦، ٤٣٧ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤ .

وسعيد بن المسيب^(١) ، والذي قال : ثلاث حيض ، أبو حنيفة^(٢) ، فدللنا على عمرو قوله عز وجل : ﴿وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مِنْكُمْ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٣) ، فأوجب ذلك على الزوجات فدل أن الإمام بخلافه .
ودللنا على أبي حنيفة قوله عز وجل : ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(٤) ، فأوجب ذلك في حق الطلاق فاتفق وجوبه عن الوفاة^(٥) .

[فصل ٣ - في مسائل مختلفة]

ومن المدونة : / قال مالك : ولا إحداد عليها في عدتها من وفاة سيدها ، [١٣٣/]
لأنها ليست بزوجة .

قال : ولا أحب لها المراجعة فيها^(٦) . ولاتبيت فيها إلا في بيتها .
قال : وإن زوجها سيده ، ثم مات عنها لم يكن على زوجها ستراء .
قال مالك : وليس للرجل أن يزوج أم ولده ، أو أمة قد وطئها إلا بعد الاستبراء ، ولا يجوز نكاح إلا حيث يجوز موصء ، إلا في دم حيض أو نفاس من غير معتدة ، فإن النكاح يجوز في ذلك ، ولا توطأ حتى تطهر .

(١) أخرجهما ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب من قال : عدتها أربعة أشهر وعشرا ١٤٩/٤ رقم (١٨٧٤١، ١٨٧٣٩) .

(٢) انظر : مختصر الصحاري ص ٢١٨ ، تحفة الفقهاء ٢/٢٤٥ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٥) انظر : المعونة ٢/٩٢٤، ٩٢٥ .

(٦) وهي التي قد نهى الله عنها بقوله : ﴿وَلَا تَكُنْ لَوَاعِظُهُمْ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ .
سورة النورة : آية ٢٢٥ .

قال ابن رشد : فنهى أن يعبد كل واحد منهما صاحبه ، لأنها مفاعلة ملائكون ، لا من نسين ، وهي تكره ابتداءً بإجماع . المقدمات الممهدة ١/٥٢٠ .

قال ابن القاسم : وروا اعتدت أم أولد من وفاة زوجها وحت ، فلم يطأها
 لسيد حتى مات ، و كان غائباً ببلد يعلم أنه لم يقدم منه بعد وفاة الزوج فعبيها
 حيضة ، ألا ترى أنها لو تمت عدتها من زوج ثم أتت بوذر لا يشبه^(١) أن يكون من
 سيده ، فزعمت أنه من السيد للتحق به في حياته وبعد وفاته ، إلا أن يقول السيد
 قبل موته : لم أمسها بعد موت زوجها ، فلا يلحق به ، وكس ولد جاء به أم
 لولد لرجل ، أو أمة أقر بوطئها لمث ماثل له النساء وهو خمس سنين فأدنى ، فهو
 بالسيد لاحق ، وتكون به أم ولد ، أتت به في حياته ، أو بعد وفاته ، أو بعد أن
 عتقها ، لا أن يدعي السيد في حياته الاستبراء ، فينتفي منه باللعان ، لأن منك
 ليمين لالعان فيه^(٢) .

(١) في "يشبه" .

(٢) انظر : المدونة ٢، ٤٣٧، ٤٣٨ ، تهذيب المدونة ص ١٠٤، ١٠٥ .

[الباب السادس] جامع النكاح في العدة وذكر العدة من زوجين

[فصل ١ - في النكاح في العدة]

قال الله سبحانه : ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَسْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنْتُمْ سَنَدُ كُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاوِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا ، وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَحْلَهُ﴾^(١) .

وقضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وعمر بن أبي طالب رضي الله عنه فيمن نكح في العدة بالفراق ، ولا يتناكحان أبداً^(٢) ، وجلدهما عمر رضي الله عنه ، وأعطى المرأة ما أمهرها للرجل بما استحل منها^(٣) .

فنهى الله عز وجل عن النكاح في العدة وأذن بالقول المعروف^(٤) ، فقيل : إن ذلك^(٥) كقوله : إني بنكِ لمُعَجَّب . ولكِ مُحِبٌّ ، وفيكِ رَاغِبٌ^(٦) . وإن يقدر الله أمراً يكن ، ونحو ذلك ، وقاله جمعة من التابعين^(٧) .

قال بعضهم : وحائز أن يهدي لها ، ولا تجوز المواعدة لها ، وللوليها في عدة طلاق أو وفاة ، حرة كانت أو أمة^(٨) .

قال عطاء : وأكره مواعدة الولي وإن كانت المرأة مالكة أمراً^(٩) .

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٥ . قال ابن العربي في تفسيرها : المسألة الأولى : حرم الله تعالى النكاح في العدة ، وأوجب للربص على الزوجة . أحكام القرآن ٢١٢/١ .

(٢) (٣) أخرجه سعيد بن منصور ، باب للمرأة تزوج في عدتها ١/١٨٨ ، ١٨٩ رقم (٦٩٥ ، ٦٩٦ ، ٦٩٩) .

(٤) أي في الآية السابقة ، والمراد به التعريض الجائز .

(٥) أي القول المعروف .

(٦) وهو الذي مال إليه مالك ، قال ابن العربي : وهذا عدي أقوى تعريض ، وأقرب إلى التصريح . أحكام القرآن ٢١٣/١ .

(٧) كابن شهاب وابن قسيص وعطاء ومجاهد ، انظر : المدونة ٢/٤٣٩ .

(٨) (٩) انظر : المصدر نفسه ٢/٤٣٩ .

قال ابن المراز : وما الأب في ابنته اسكر ، والسيد في أمته فكمواعدة الحرة ،
وأما ولي لا يزوج إلا بإذنها^(١) فيكره^(٢) ، وإن نزل لم أفسخه^(٣) .

[فصل ٢ — فيمن واعد في العدة ونكح بعدها]

ومن المدونة : قال مالك : ومن جهل فواعد امرأة في العدة ، وسمى الصداق
ونكح بعد العدة ، فحُبب إِي أن يفرقها بطلقة ، دخل بها أم لا . ويخطبها بعد
عدتها منه إن كان دخل بها .
وروى عنه أشهب إيجاب الفراق^(٤) .

واختلف قول ابن القاسم فيه في غير المدونة ، فقال : يفسخ بقضاء . وقال :
بغير قضاء^(٥) .

فوجه إيجاب الفرق : قوله عز وجل : ﴿وَلَا تَوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾^(٦) ،
والنهي يقتضي الفساد ، ولأن سبب إذا منع الخطبة جاز أن يؤثر في الفراق ، أنه
خطبة الرجل على خطبة أخيه .

وروجه الاستحباب : أن الخطبة ليست بعقد ، وإنما هي استدعاء والتماس .
فوقوعها لا يوجب لفرق ، إذا وقع العقد بعد لعدة كخصبة تحريم ومواعدة
المريضة^(٧) . /

ب/١٣٣

(١) "إلا بإذنها" يستوي أ .

(٢) في "فلا يكره" .

(٣) انظر : تهذيب انطال ل ١/٦١ .

(٤) انظر : المدونة ٤٣٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٥ .

(٥) ويكون طلقة ، انظر : التوارد والزيادات ل ٢٦٥/أ .

(٦) سورة النقرة : آية ٢٣٥ .

(٧) انظر : المدونة ٧٩٢/٢ ، ٧٩٣ .

[فصل ٣ — فيمن نكح في العدة وبني فيها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن نكح وبني في العدة ، أو قبل ، أو بشر لم تحل له أبداً ، وحرمت على آباءه وأبنائه^(١) .

قال بعض البغداديين : وإنما قال ذلك لحديث عمر وعلي : أنهما لا يتناكحان أبداً^(٢) ، ولا يخاف لهما ، فهو كالإجماع ، ولأنه دخل شبهة في النسب فتبدد التحريم عليه كالملاعن^(٣) .

قال الشيخ : ولأنه استعمل لنكاح قبل حلوله ، فمُنِعَ عقوبة كمنع القاتل الميراث^(٤) ، وإنما حرمت على آباءه وأبنائه^(٥) لأنه قد مسَّ بشبهة نكاح .

[فصل ٤ — فيمن نكح في العدة وبني بعدها]

ومن المدونة : قال غير ابن القاسم : قال مالك وعبد العزيز^(٦) : ومن نكح في العدة وبني بعدها فسخ نكاحه ، وكان كالمصيب فيها .

وقال المغيرة وغيره : لا يحرم عليه نكاحها إلا الوطاء في العدة .

وقال ابن القاسم : قال مالك : يفسخ هذا لنكاح وما هو باحرام البين^(٧) .

قال الشيخ : فوجه تأييد لتحريم^(٨) : قول عمر رضي الله عنه : فيمن دخل بها^(٩) فلا ينكحها أبداً^(١٠) ، ولم يفرق^(١١) .

(١) انظر : المدونة ٤٥٧/٢ .

(٢) سبق ترجمته ص ٥٩١ .

(٣) انظر : المعونة ٧٩٣/٢ .

(٤) لأن من استعمل شيئاً قبل لوائه عوقب بحرمانه .

(٥) "وأبنائه" ليست في أ ، ب .

(٦) هو عبد العزيز بن أبي سلمة ، وقد سبقت ترجمته ص ٤٥١ .

(٧) انظر : المدونة ٤٤٠/٢ ، ٤٤١ ، ٤٥٧ ، تهذيب المدونة ص ١٠٥ .

(٨) وهو أنه كلناكح في العدة ، فيفرق بينهما ولا يتناكحان أبداً .

(٩) أي الثاني .

(١٠) أخرجه مالك ، كتاب أنكاح ، باب جامع ما لا يجوز من أنكاح ٤٢٣/٢ رقم (٢٧) .

(١١) أي بين من بني في لعدة أو بعدها .

ووجه نفيه : أنه لم يطأ في العدة ، فلم يدخل شبهة في النسب . وهذه عدة التأييد^(١) .

ومن غير المدونة : قال سحنون : أخبرني ابن نافع عن عبد العزيز بن أبي سمة أنه كان يقول فيمن تزوج في لعدة ودخل بها فيها ، ثم فرق بينهما : إنه يجوز له أن يتزوجها بعد ذلك إذا انقضت عدتها .

قال بعض أصحابنا : ويحتمل أن يكون قوله هذا موافقاً لقوله في المدونة^(٢) ، لأنه لم يبين في المدونة حكم امصيب في العدة ، ويئنه في غيرها أنه لا تحرم عليه للأبد وإن أصاب فيها فإصابته بعدها أخرى أن لا يتأبد التحريم عليه .

ومعنى قول مالك : إنه يتأبد لتحريم فيها^(٣) .

قال الشيخ : فيحتمل أن يكون قوله في المدونة موافقاً لقول مالك ، والله أعلم .

قال ابن القاسم في لتي زنت فتوطأ بنكاح قبل الاستبراء ، أو وضع حمل لا تحرم بذلك عليه بعد اليوم ، ثم رجع فقال : أما في الحمل فتحرم عليه ولا تحرم في غيره ، وروي ذلك عن مالك^(٤) .

وقال أصبغ : أكرهه في الحمل ، والقيس أنه وغيره سواء ، فلا أحب أن يتزوجها في ذلك كله .

ومن زنت امرأته فوطئها زوجها في ذلك الماء فلا شيء عليه^(٥) .

قال ابن المواز : ولا ينبغي أن يطأها في ذلك الماء .

قال أشهب : والحامل من زوجها حملاً نياً إذا وطئت غصباً لم أر بأساً أن يطأها زوجها فيه .

قال أصبغ : أكرهه وليس بمحرام ، وأرى أن مالكا كرهه .

(١) كما تقدم قريباً . انظر : المعونة ٧٩٣/٢ ، ٧٩٤ .

(٢) وقد تقدم قريباً .

(٣) فهما يتفقان أنه كما لمصيب في العنة في فسخ النكاح ، كما تقدم من قومه .

انظر : تهذيب الطالب ل ٦١/١ .

(٤) ، (٥) المصدر نفسه ل ٦١/١ .

قال ابن حبيب : وإن لم تكن بينة احمل فلا يظنهما إلا بعد ثلاث حيض^(١) .

[فصل ٥ — في العدة من زوجين]

ومن المدونة : قال مالك : ومن طلقت بجمع فتزوجت في العدة ، ودخل بها الثاني فليفرق بينهما ، وتأتف ثلاث حيض من يوم فسخ نكاح الثاني ، فيجزئها عن الزوجين .

قال ابن لقسم : وإن كن عدتها بلشهور أجزأها منهم جميعاً ثلاثة أشهر مستقبلة .

قال مالك : وإن كان قد جاء عن عمر : أنها تتم عدة لأول وتأتف عدة الثاني^(٢) ^(٣) .

قال الشيخ : فرجه الأول^(٤) : أن الغرض في العدة إنما هي لبراءة الرحم ، وذلك يحصل مع تداخل العدتين ، أصله الحمل .

ووجه أنها تتم عدة الأول وتأتف عدة لثاني^(٥) : لأن الثاني أيضاً وطئ وطأ له حرمة ، فوجب استيفاء عدته كالأول^(٦) .

ومن المدونة : قال مالك : وأما الحامل فالوضع يبرئها من الزوجين جميعاً وإن كان من الآخر^(٧) .

(١) انظر : المصابر نفسه ل ٦١/١ .

(٢) سبق تخريجه ص ٥٩٣ .

(٣) أي فلا يعسر به .

انظر : المدونة ٤٣٩/٢ ، ٤٤٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٥ .

(٤) وهو قول مالك .

(٥) وهو قول عمر .

(٦) انظر : المعونة ٩٢٧/٢ .

(٧) انظر : المدونة ٤٤٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٥ .

قال الشيخ : لقوله عز وجل : ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(١) ، ولأنه أبغ ما يبرأ به الرحم ، فوجب أن يبرئها من زواجين .

قال ابن المواز : هذا إذا كان الحمل من الأول ، وذلك أن تنكح قبل حيضة وتضعه لأقل من ستة أشهر من يوم نكاح الثاني ، فإنه يبرئها ، وإن كان من الآخر مثل أن يتزوجها بعد / حيضة ، وتضعه لأكثر من ستة أشهر ، أو لستة أشهر [١/١٣٤] من يوم نكاحها الثاني ، فلا يبرئها ولا بد لها من ثلاث حيض .
قال : وروى أشهب عن مالك : أن ذلك يبرئها^(٢) .

قال ابن المواز : وهو عندي ضعيف^(٣) .

قال الشيخ : فوجه قول ابن الموز : أنه قد لزمها عدة الأول ثلاث حيض ، ولا يسقط لأجل حمل من غير من تعتد منه ، كالتي منعها مرض أو رضاع من الحيض ، فلا تبرا إلا بالحيض^(٤) .

ووقع في نقل أبي محمد^(٥) : أنه إن كان الحمل من الآخر فلا يبرئها ، ولا بد من اثنتان ثلاث حيض^(٦) .

وفي الأمهات : ولا بد من بقية الثلاث حيض ، وهذا هو الصواب ، لأن الحمل لا يكون من الآخر إلا أن تتزوجه بعد حيضة ، وتضعه لستة أشهر فأكثر ، فقد مضت لها حيضة ، فتتم بقية الثلاث حيض ، وهذا بين فاعلمه^(٧) .

(١) سورة اطلاق : آية ٤ .

(٢) أي من الزوجين .

(٣)، (٤) انظر : تهذيب الطائ ٦١٠ ب .

(٥) أي في نقله لمسألة سابقة في النوادر .

(٦) انظر : لنوادر والزهدات ل ٣٤٤ أ .

(٧) وهذا التحقيق لعبد خن فقد قل : فإما وقع الغلط في العبارة : فيها تنكف ثلاث حيض بعد

الوضع ، وقد التمسست لفظها في الأمهات لابن الموز فوجدته قال ... الخ .

تهذيب الطائ ل ٦١٠ ب .

قال ابن الموز : وأما إن كان الحمل من زنا لم يرثها ذلك^(١) بحول من عدة لرمثها ، ولا تبرأ بوضع^(٢) من لا يحق بأبيه إلا في الملاعنة فإنها تبرأ به ، لأنه إذا استلحقه لحق به^(٣) .

قال أبو محمد : انظر كيف يكون الحمل من زنا وثُمَّ^(٤) فرش ، والوند به لاحق إلا أن ينفيه بلعان^(٥) .

قال الشيخ : إنما يصح قول ابن الموز عندي في امرأة الحضي القائم الذكر ، إذ لا يلحق به ولد وتلزم منه عدة ، لأنه يصبأ .

قل بعض أصحابنا : ويصح على قوله إذا تقاررا أنه من زنا ونفي بللعان ، أو يكون الزوج قد لاعن ثم أقرت المرأة بالزنا^(٦) .

[فصل ٦ — في الحكم إن نكح في عدة طلاق غير بائن أو في عدة وفاة]

ومن المدونة : قال مالك : ومن نكح في عدة طلاق غير بائن فسخ ذلك ، بنى بها ثم لا .

وقال غيره : وهو^(٧) ناكح في عدة .

قال مالك : ولأول الرجعة قبل فسخ نكاح الثاني وبعده ، فإن ارجعها فلا يقربها إن بنى بها ثاني إلا بعد ثلاث حيض ، أو وضع حمل إن كن من الثاني .

(١) أي وضع الحمل .

(٢) في جميع النسخ "بحمل" والتصحيح من النوادر وتهذيب .

(٣) انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٤٤/أ ، تهذيب الطالب لـ ٦١/ب .

(٤) "وثم مكانها يياض في أ" .

(٥) انظر : المصدر نفسه لـ ٦١/ب .

(٦) ففي هاتين الحالتين اتعى الولد ولا يرثها الحمل .

انظر : المصدر نفسه لـ ٦١/ب .

(٧) "وهو" ليست في أ .

قال ابن القاسم : ومن نكح في عدة وفاة ودخل بها ففرق بينهما فستعد أربعة أشهر وعشراً من يوم توفي عنها زوجها مع ثلاث حيض ، تصالب أقصى الأجلين ، لأنهما عدتان مختلفتان .

قال : وإن كانت مرتبة أو مستحاضة فعليها من يوم لوفاة أربعة أشهر وعشراً ، وسنة من يوم فسخ نكح لثاني^(١) .

قال الشيخ : هذا يدل على أن مذهبه في المدونة : أن عدة المستحاضة والمترتبة في وفاة أربعة أشهر وعشراً ، ولو قال : عليها سنة من يوم فسخ نكح الثاني لأجزأ ، لأن الأربعة أشهر وعشراً داخلة فيها .

[فصل ٧ - في المنعي لها زوجها تتزوج ثم يقدم الأول أو يموت أو يطلق]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا غاب عن المرأة زوجها سنين ، ثم نعيها فاعتدت وتزوجت ، ثم قدم زوجها الأول رُدَّتْ إليه وإن ولدت الأولاد من الثاني إذ لاحجة هـ إلا^(٢) باجتهاد إمام ، أو ييقن طلاق ، ولا يقربها المقام إلا بعد لعدة من ذلك الماء بثلاث حيض ، أو بثلاثة شهور ، أو وضع حمل إن كنت حاملاً من الآخر .

وإن مات المقام قبل وضعها اعتدت منه عدة الوفاة ، ولا تحس بالوضع دون تمامها ، ولا بتتمامها دون الوضع ، وكذلك قضى عمر بن عبد العزيز^(٣) .

قال ابن المور عن ابن لقسم : لو طلقها الأول حين قدم وهي حامل^(٤) فلا يبرئها الوضع ، ولتأثف بعده ثلاث حيض للأول ، كسقي منعها مرض أو رضاع من الحيض .

(١) انظر : المدونة ٢/٤٤٠ ، تهذيب المسونة ص ١٠٥ .

(٢) "لا" يست في أ ، ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٤١ ، تهذيب المسونة ص ١٠٥ .

(٤) أي من الثاني .

هذا قولهم^(١) إلا شهب فإنه قال : وضعها يبرئها من الزوجين ، وأما ابن القاسم قال : ليست كالناكحة في العدة تلد من لثني أو الأول فيبرئها من الزوجين .

قال أصبغ : لأن اطلاق والعدة في امرأة المني وجبت بعد الحمل ، والحمل من غير من تعتد منه ، وغير هذا خطأ^(٢) .

قال ابن المواز : وإذا اعتدت المنيها زوجها ، ثم تزوجت فلم يبن بها الثاني حتى مات / منعي أو طلق ، ثم دخل بها الآخر بعد خروجها من عدة [ب/١٣٤] الأول فليفرق بينهما ، ويؤمر بالتورع عنها ، وهي أخف ممن نكح في العدة ودخل بعدها وكمن يواعد فيها ونكح بعدها . وهذا قد عقد وهي ذات زوج . فعقده كلاً عقداً ولكنه وطئ في نكاح كانت فيه عدة ، فينتزعه عنها أحب بي^(٣) .

وفي العتبية : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في التي نعي لها زوجها تنكح ثم يقدم فتقول : قد نعي بي^(٤) ، ولم يكن مادعت فاشياً ، قال مالك : لا ترجم ، ودعواها شبهة ، ويفسخ نكاحها وترد إلى الأول^(٥) ، وتعتد من ميسر الثاني^(٦) .

قال بعض فقهاءنا عن شيوخ القرويين فيمن طلق زوجته طلاقاً رجعيّاً فتزوجت في العدة ، وحملت من الثاني قبل انقضاء عدتها : فنفتتها على الزوج الثاني لأن الحمل له ، وهي محبوسة عن الأول فلا تلزمه نفقة .

وحكي أن غيره يرى أن النفقة على الأول لبقاء عصمته . وسواء رجمتها في العدة أم لا^(٧) .

(١) أي مالك وابن القاسم وصاحبهما .

(٢) أي القول بمتأنف العدة بعد اوضاع ثلاث حيض .

انظر : النوادر والزيدات لـ ١/٣٤٤ ، تهذيب الطالب لـ ٦١/ب .

(٣) انظر : النوادر والزيدات لـ ٢٦٧/ب ، تهذيب الطالب لـ ٦٢/أ .

(٤) في العتبية زيادة : " ولم ترفع ذلك إلى الإمام .

(٥) فإن شاء أمسك وإن شاء طلق .

(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣١، ٢٠/٥ .

(٧) تهذيب الطالب لـ ٦٢/أ .

قال الشيخ : قال بعض فقهاءنا : ولو كان الأول راجعها في عدة ثم تزوجت في عدة ولم تعلم برجعت ، ولا يكون ثاني نكاحاً في عدة ، لأنه إنما تزوج زوجة رجل ، ولو لم يرجعها الأول حتى نكحها الثاني ودخل بها في العدة ففسخ نكاحه ، وأخذت في عدة منه فرجعها زوجها الأول في بقية من عدتها ، ووطنها في الثلاث حيض التي اعتدت بها من لزوج لثاني لم يكن لأول واطناً في عدة ، لأن الزوجية بينهما قائمة . وإنما عليه أن يستبرئها من وطء هذا الذي تزوجها في العدة ، وهذا بينٌ فعلمه^(١) .

[فصل ٨ — فيمن بنى بأم ولد مات عنها سيدها أو معتقة قبل مضي الحيضة]

ومن المدونة : قال غير ابن القاسم : ومن نكح أم ولدٍ قد اعتقها سيدها ، أو مات عنها ، أو أمّةً اعتقها ربُّها وقد وطئها ، فدخل بها الزوج قبل أن تمضي الحيضة ، فذلك يحرم كالوطء في عدة .
وروي لذلك في أم الولد يموت سيدها فيتزوجها رجلٌ قبل حيضة . أنه متزوجٌ في عدة .

وروي عنه : أنه ليس كالنكاح في عدة^(٢) .

قال الشيخ : فوجه الأولى : أنهم جعلوا الحيضة في أم لود كالعدة في خرة فكان لنكاح فيها كالكحل في العدة ، لأنه أدخل شبهةً في النسب ، فوجب تأييد التحريم عليه كالوطء في العدة .

(١) انظر : المصدر نفسه ل ٦٢/ب .

(٢) انظر : المدونة ٤٤١/٢ ، ٤٤٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٥ .

ووجه الثانية : أن حقيقة هذه لحيضة استبراء لأعدة ، لأنها عن وطء بعلت ، وإنما ذكر الله عز وجل العدة في الزوجات^(١) ، ولو كانت عدة لكانت قرعين أو شهرين وخمس ليال ، لأنها في حكم إماء ، فلما كن غاب حكمها الاستبراء كن الوطء بنكح فيها كوطء مباح الأمة قبل الاستبراء ، وذلك لا يوجب تأييد التحريم .

[فصل ٩ — في وطء السيد لأمة المعتدة]

ومن المدونة : قل مالك : وإذا وطئ السيد أمة في عدة من زوج حر أو عبداً ، حرمت عليه للأبد .

قال : وكل وطء بملك أو شبهة نكاح في عدة نكاح يحرم ، لا ترى أن من طلق زوجته أئبته ، ثم ابتاعها لم يحل له وطؤها بالملك حتى تنكح زوجاً غيره . قال ابن وهب عن مالك : ومن وطئ أمة بنكاح في عدة نكاح ، ثم ابتاعها لم تحل له بعد أبداً^(٢) .

ومن العتبية : روى أبو زيد عن ابن لقاسم : ومن نكح أمة فبنى بها وهي حامل من السيد فسخ ذلك ، وليس بواطئ في عدة ، ولا تحرم عليه ، والوطء بملك أو نكاح ممن ليست في عدة نكاح أو وفاة فيفس يحرم .

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَضَّعْنَ لَهُنَّ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ . سورة بقرة : آية ٢٣٤ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٤١، ٤٤٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٥ .

[فصل ١٠ - في تأييد التحريم على النكاح في العدة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فرق عمر بين المتناكحين في العدة في العمدة والجهل ، وقال : لا يتناكحان أبداً^(١) .

ابن وهب : وقد قال عمر فيمن نكح في العدة فسم يدخل بهد حتى فرق بينهما : أنها تتم عدة الأول ، ويخطبها الثاني ، ن شاء ، وإن دخل بها لم تحمل له أبداً^(٢) .

قال عبد الوهب : لأنه إذا لم يدخل بها لم يدخل في النسب شبهة ، وهذا الضاهر^(٤) ، وقد قيل : يتأيد التحريم عليه .

وروجه ذلك : قوله / عز وجل : ﴿وَلَا تَعْرِضُوا عَقَدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾^(٥) ، فارتكب النهي فعوقب بتأييد التحريم^(٦) .

قال الشيخ : ولأن من أصنافنا محرم بالآقل ، وقد حرم الله عز وجل مانكح الآباء^(٧) ، فكان لعقد عني الزوجة تحريماً عني لأبناء كاندخول ، فكذاك هذا .

(١) سبق تخريجه ص ٥٩١ .

(٢) سبق تخريجه ص ٥٩٢ .

(٣) نظر : للمدونة ٤٤٢/٢ .

(٤) أي عدم تأييد التحريم .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٥ .

(٦) نظر : للمدونة ٧٩٤/٢ .

(٧) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَفَّ﴾ . سورة النساء آية ٢٢ .

[الباب السابع] فيمن أتت بولد بعد العدة وقد نكحت زوجها أم لا

روى ابن وهب عن أبي الثيث بن سعد عن ابن عجلان أن امرأته وضعت له ولداً في أربع سنين ، ووضعت له آخر في سبع سنين^(١) .
وسئل أبو عمر ن عما يقال أن مالكا أقدم في بطن أمه ستين^(٢) ؟
فقال : ذكره الواقدي^(٣) ، وأخذته عنه ابن قتيبة^(٤) ^(٥) .
وقيل لابن لقاسم : فمن طلق زوجته ثلاثاً^(٦) أو واحدة فأنت بولدٍ لأكثر من ستين أيلزم الزوج الولد؟
قال : نعم يزره عند مالك إذا جاءت به في ثلاث سنين أو أربع أو خمس ، وهو رأيي^(٧) .

- (١) انظر : المدونة ٤٤٤/٢ .
(٢) وذكر ابن سعد عن الواقدي أنه قال : سمعت مالك بن أنس يقول : قد يكون الحمل ثلاث سنين ، وقد حمل ببعض الناس ثلاث سنين - يعني نفسه - قال : وسمعت غير واحد يقول : حمل بمالك بن أنس ثلاث سنين . الطبقات ٤٦٥/٥ .
(٣) هو أبو عبد الله محمد بن عمر بن وقدة الأسلمي لواقدي مدني ، فاضلي بغداد ، أحد أوعية العلم ، حدث عن محمد بن عجلان وابن جريج وثور بن يزيد وخلق كثير ، كان عالماً بالمغازي ولسيرة ولفتح . توفي سنة ٢٠٧ هـ .
انظر : المصدر نفسه ٤٩٣/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٩٣/٨ ، شذرات الذهب ١٨/٢ .
(٤) هو أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة دنيوري ، وقيل : الروزي ، علامة الكبير ، الإمام ، السفي ، نزل بغداد وصنف وجمع ، كان ثقة ديباً فاضلاً ، له تصانيف كثيرة منها : غريب القرآن ، غريب الحديث ، غراب القرآن ، كتاب المعارف ، عيون الأخبار ، أعلام النبوة ، توفي سنة ٢٧٣ هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٦٢٥/١٠ ، شذرات الذهب ١٦٩/٢ .
(٥) تهذيب الطالب ١/٦٢ .
(٦) "ثلاثاً" ليست في أ ، ب .
(٧) انظر : المدونة ٤٤٢/٢ ، ٤٤٣ .

قال : وكان مالك يقول : إذا جاءت به لما يشبه أن تلد له النساء لزمه^(١) .
وقد ذكرنا وجه ذلك قبل هذا^(٢) .

قال ابن القاسم : كل معتدة من وفاة أو طلاق بائن أو غير بائن تأتي بولدٍ وقد أقرت بانقضاء عدتها أو لم تُقر ، فإنه يحق بالزوج ما بينها وبين خمس سنين فأدنى ، إلا أن ينفيه الحي بعمان ، ويدعي أنه استبرأ قبل صلاقه ، فلا يضرها ما أقرت به من انقضاء العدة ، لأنها تقول : حضت وأن حاملاً ولا عمن لي باحصر ، وقد تُهراق المرأة الدم على الحمن .

وكذلك إن طُلقت وإرتابت بتأخير حيض فاعتدت بسنة ، فإنها تحل إلا أن تسترأب بعد ذلك فتنتظر حتى تذهب ريسنها ، فإن تمددت رية جلست ما بينها وبين خمس سنين ، فما وضعت بعد ذلك لم يلحق بالزوج وإن أتت به^(٣) بعد ذلك لشهرين أو ثلاثة ، وتحد المرأة ، وإن مضى هذه لمصقة خمس سنين إلا خمسة أشهر وم تقر بانقضاء العدة ثم تزوجت ، فإن قالت : إنما تزوجت بعد العدة وبعد زول الرية صدقت ، ولا تنكح المسترابة البطن إلا بعد زول رية ، أو بعد خمس سنين ، فإن نكحت قبل خمس سنين بأربعة أشهر فأنت بولدٍ لخمس سنوات من يوم نكحت لم يلحق بأحد الزوجين وحُدَّت ، وفسخ نكاح لثاني . لأنه نكح حاملاً^(٤) .

قال الشيخ : وحكي لد عن بعض شيوخنا لقرويين : أن الشيخ أبا الحسن كان يستعظم أن يُنفى الولد من الزوج الأول وأن تحد المرأة حين زادت على الخمس سنين بشهر ، وكان يقول : كأن الخمس سنين فرضٌ من الله عز وجل ورسوله^(٥) !

(١) انظر : المدونة ٢/٤٤٢، ٤٤٣ .

(٢) انظر : ص ٥٧٧ .

(٣) "به" ليست في أ ، ب .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٢/٤٤٣-٤٤٥ ، تهذيب المدونة ص ١٠٥ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٢ ب .

وقد اختلف قول مالك وغيره في مدة الخمس ، فقال مرة : ينحق احمل إلى سبع سنين ، وقال : إلى دون ذلك ، فكيف ينفي الولد وترجم المرأة فيمن كان القول فيها على مثل هذا ، هذا عظيم!^(١)

قال مالك : وإن نكحت امرأة ودخلت في العدة قبل حيضة ، ثم ظهر بها حمل فهو بالأول ، وتحرم على الثاني ، ولو نكحت بعد حيضة فهو لثاني إن وضعته لستة أشهر فكثر من يوم دخل به الثاني ، فإن وضعته لأقرب فهو للأول ، وهذا حكم النكاح ، وإنما القافة^(٢) في الأمة يطؤها سيديان في طهر واحد فتأتي بولد^(٣) . قال : وكذلك من نكح في عدة ودة بعد حيضة ، أو قبل في لحوق الولد^(٤) .

قال ابن القاسم : وعدتها منهما وضع الخمس / أحقت الولد بالأول أو ١٣٥١ ب. بالثاني ، وهو فيها أقصى الأجلين^(٥) .

قال ابن المواز : ومن تزوج امرأة في العدة قبل حيضة فأنت بولد - يريد^(٦) لستة أشهر^(٧) - فهو بالأول إلا أن ينفيه بلعن . فإن التعن لم تتعن هي وكان بالثاني لاحقاً إلا أن ينفيه ، فإن نفاه بعان التعن هي ، وإن نكلت حُدَّت ، وبوالتعن الثاني ثم استحقه الأول لحق به ولم يُحْد . إذ لم ينفه بل زنا ، وإذا كان الثاني هو مستحقه دون الأول لحق به وحْد ، لأنه كان نفاه إلى غير أب .

ومن ستحقه منهما أولاً^(٨) لحق به^(٩) ، ثم لادعوى لثاني فيه ، ولو دعه الأول قبل لعن الثاني لم يقبل منه ، لأنه ابن لثاني ، ولو ستلحقاه كلاهما بعد التعانها كان الأول أحق به^(١٠) .

(١) انظر : المصدر ص ٢٢٠ ب.

(٢) القافة جمع نقائف وهو : الذي يتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه . انظر : اللسان ، مادة (قَوَفَ) .

(٣) أي فيلحق الولد بمن ألحقته به القافة منهما ، ولا يدعى القافة في النكاح .

(٤) (٥) انظر : المدونة ٢/٤٤٥-٤٤٧ ، تهذيب المدونة ص ١٠٥ .

(٦) "يريد" ليست في أ ، ب .

(٧) في النوادر : لأكثر من ستة أشهر من يوم تقدر الثاني .

(٨) أي بعد التعانها ولعان الأم .

(٩) أي وحْد .

(١٠) انظر : النوادر ولزوائد ل ٣٧٧ أ .

[الباب الثامن]

**في امرأة الخصي والصبي تأتي بولد ، وعدتها منه
وعدة الذمية تسلم تحت ذمي ، والعدة في النكاح الفاسد
وتصادق الزوجين على نفى المسييس**

[فصل ١ — في امرأة الصبي تأتي بولد ، وعدتها منه]

قال مالك : وإذا كان نصبي لا يولد مثله وهو يقوى على الجماع ، فظهر
بامرأته حملٌ لم يلحق به وتخذ المرأة ، وإن مات هذا الصبي لم تنقض عدتها من
الوفاة بوضع حملها ، وعليها أربعة أشهر وعشراً من يوم مات ، وإن حمل سذي
تنقضي به العدة الحمل الذي يثبت به سبه من أبيه ، خلا الملاعنة خاصة فإنها تحس
بالوضع وإن لم تنحقه بالزوج ، وإذا مات الزوج وهي في العدة لم تنتقل إلى عدة
الوفاة - يريد وكذلك المختنعة والمنعي لها زوجها^(١) والمعتدة من وفاة تتزوج فتحمل
من الآخر أو تكون حاملاً من الأول فيلحق لولد بأحدهما ، فإنه تنقضي به عدتها
من الآخر وإن لم يلحق به ، وقد تقدم هذا .

قال مالك : وإذا دخل لصبي بزوجته ومثله يقوى على الجماع ولا يولد مثله
ثم صالح عنه أبوه أو وصيه ، فلا عدة على امرأته ، ولا صدق لها ، ولا عُسْ عليها
من وصته إلا أن تلد - يعني : أنزلت^(٢) .

[فصل ٢ — في امرأة الخصي تأتي بولد ، وعدتها منه]

قال مالك : والخصي لا يلزمه ولدٌ إن أتت به امرأته إلا أن يعلم أنه يولد مثله
فيلزمه^(٣) .

(١) "زوجها" ليست في " ب .

(٢) انظر : المدونة ٤٤٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٥ .

(٣) انظر : المدونة ٤٤٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٥ .

قال ابن حبيب : وإن كان الخصي مقطوع الحصى والعسيب ممسوحاً فلا عدة عليها من طلاقه ، وهي داخلة في قوله تعالى : ﴿وَإِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾^(١) .
وإن جاءت يولدن لم يلحق به ، وعنى امرأته الحد .
ورداً بقي معه^(٢) أنثياه أو اليسرى وبقي معه من عَسيبه بعضه فالولد للاحق به إلا أن ينفيه بلعن ، وعليها العدة ، وروي ذلك عن مالك^(٣) .

[فصل ٣ — في عدة الزميمة تسلم تحت ذمي]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا سُمت ذميمة تحت ذمي ، ثم مات وهي في عدتها لم تنتقل إلى عدة انوفاة ، وتعادت على عدتها ثلاث حيض .
قال غيره : وناكحها ناكح في عدة .
قال مالك : ولا شيء لها من المهر إن لم يكن دخل بها ، مات أو لم يمِت^(٤) .
قال في المستخرجة^(٥) : فإن تزوجها مسلم بعد حيضة لم يفسخ نكاحه .
دخل بها أم لا ، لأن مالكاً كان يقول قديماً : عدتها حيضة^(٦) .
وقال أصبغ في كتب ابن المواز كقول ابن القاسم^(٧) .

(١) سورة الأحزاب : آية ٤٩

(٢) "معه" ليست في أ .

(٣) تهذيب الطالب لـ ٦٢/ب .

(٤) انظر : المسونة ٢/٤٤٦، ٤٤٧ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦، ١٠٥ .

(٥) أي ابن القاسم .

(٦) قال بن رشد : قوله : لأن مالكاً قد كان يقول قديماً تجزئها حيضة ، يدل على أن الذي رجح إليه أنه لايجزئها إذ أراد المسلم أن يتزوجها لا ثلاث حيض وهو الذي في المدونة .

انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٤٧١، ٤٧٢ .

(٧) أي بأنه لايفسخ نكاحه . انظر : البرادر والزيادات لـ ٣٤٦/ب .

بن المواز : وكان ابن وهب يفسخ نكاحه^(١) .

[فصل ٤ - في العدة في النكاح الفاسد]

ومن المدونة : قال : ومافسخ من نكاحٍ واسيرٍ ، أو ذت محرمٍ ، أو لمنعيها تنكح ، أو أمةٍ بغير إذن سيدها : فالعدة في ذلك كله كعدة النكاح الصحيح ، ويعتدّن في بيوتهن^(٢) . /

[١/١٣٦]

[فصل ٥ - في تصادق الزوجين على نفي الميسس]

ومن المدونة : وإذا تصادق الزوجان بعد اخلوة في النكاح الفاسد أو لصحيح عى نفي الميسس لم تسقط العدة بذلك ، لأنه لو كان ولدٌ لثبت نسبه إلا أن ينفيه بلعان ، ولا يكون لها صداقٌ ولا نصفه ، لأنها لم تطببه ، وتُعاض^(٤) من تلذذه بها ، إن كان تلذذ منها بشيء ، وقيل : لا تُعاض^(٥) .

(١) "نكاحه" ليست في أ .

(٢) انصدر نفسه ل ٣٤٦/ب .

(٣) لأن أصله كان نكاحاً يُدْرأ عنهم به أخذ ويلحق فيه الولد .

انظر : للمدونة ٤٤٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

(٤) أي يعطيه عوضاً بدل تلذذه بها .

(٥) انظر : للمدونة ٤٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

[الباب التاسع]

في امرأة المفقود والأسير وماله وميراثه
وفي التي يبلغها الطلاق ولم تبلغها الرجعة

[فصل ١ — في امرأة المفقود وما يضرب لها من الأجل]

وقد ضرب عمر بن الخطاب رضي الله عنه لامرأة المفقود أربع سنين ، ثم تعتد عدة الوفاة ثم تحل^(١) .

قال مالك : وبغني عنه في امرأة المفقود ، وفي لقي عمت بالطلاق ولم تعم بدرجة أنها إن تزوجت تم قدم الأول فإنه أحق بها ما لم يدحل بها الثاني ، وهذا أحب مسمعت إلي فيها وفي امرأة المفقود .

قال : وإنما يضرب السلطان لأجل لامرأة المفقود بعد أن ترفع إليه ، وإن لم تقم لا بعد سنين ، وإنما يضرب لها بعد الكشف عنه ، وإن علم إلى أي جهة خرج إليها كتب إليها في الكشف عنه ، فإذا أيس من عنده خبره ضرب لها من يومئذ لحر أربع سنين ، وللعبد سنتين ، وسواء كانت الزوجة حرة أو أمة .

قال : ثم تعتد هي بعد ذلك دون أمر الإمام كعدة الوفاة ، كان زوجها دخل بها أم لا ، وعليها الإحداد^(٢) .

قال ابن الماجشون : لإحداد عليها ، ولها ذلك في يقين الموت^(٣) .

قال الشيخ : وروي لمالك : إذا كان للمفقود امرأتان فرفعت أحدهما أمرها إلى السلطان ، فضرب له أجل أربع سنين ، ثم بعد ذلك رفعت المرأة الأخرى أمرها ، قال مالك : لا يستأنف لها ضرباً^(٤) .

(١) سبق تخريجه ص ٥٧٢ .

(٢) انظر : المدونة ٤٤٩/٢ ، ٤٥٠ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

(٣) انظر : النواحر والزيادات ل ٣٤٧/ب .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٣/ب .

وذكر لنا عن بعض شيوخنا مثل هذا .

قال : وكذلك إن قامت بعد مضي لأجل والعدة فإنه يجوز لها ، وضرب الإمام الأجل لواحدة من نسائه كضربه لجميعهن ، كما أن تغليس المديان لأحد الغرماء تغليس لجميعهم ، وقيام واحد كقيام الجماعة^(١) .

وذكر عن أبي عمران أنه يضرب للثانية الأجل حين ترفع إليه من غير أن يكشف عن أمر المفقود ، لأنه قد كشف عنه للأولى^(٢) .
قال بعض فقهاءنا : وهذا أصح^(٣) ، والله أعلم .

قال عبد الوهاب : وإنما قلنا : أن الإمام يكشف عن خبره إذا رفعت زوجته ذلك إليه ثم يضرب له أجل أربع سنين ليزين ضرر عنها ، ولا يجوز له ضرب لأجل قبل السؤار والبحث ، جواز أن يكون حياً . وإنما يضرب له أجل أربع^(٤) سنين لاجتماع الصحابة على ذلك ، وروي عن عمر وعثمان وعبي رضي الله عنهم : أنه يضرب له أجل أربع سنين^(٥) ، ومثله عن جماعة من التابعين ، ولم يحفظ خلاف عن أحد من الصدر الأول في ذلك ، ولأن أصل ضرب الأجل بما هو للغائب من مدة حمل ، وعالیه هذا المقدر ، ولأنه لما كان لها الخيار في الفرقة مع لئنة والإيلاء ولم يكن^(٦) فيهما إلا فقد الوطاء دون فقد العشرة والنفقة ، كان في مسألتنا الجماعة لمقد ذلك أولى ، وإنما جعلنا عليها عدة الوفاة دون عدة الطلاق ،

(١) نظر : المصدر نفسه ٦٣٠ ب .

(٢) أي فيكفي ذلك .

(٣) نظر : المصدر نفسه ٦٣٠ ب .

(٤) أربع " ليست في أ ، ب .

(٥) سبق تخريجهما ص ٥٧٢ .

(٦) في أ ، ب زيادة " لها " .

لأن الغالب من شأنه الموت ، إذ لو كان حياً لكان في طوع أبحت يعلم حاله ، ولا يجوز لحكومها بالمفرقة أن تتزوج ، لا بعد لعدة . لأن الطلاق لا يوجب عدة قبل الدخول / فاحتيط بهذا للزوج لأول والنسب ، فبني أمره على الغالب وهو الموت [١٣٦/ب] وم تكن لها نفقة في هذه العدة ، لأنها عدة وفاة ، ولانفقة لمتوفى عنها زوجها ، وهو في ذلك بخلاف الأجل الذي ها لنفقة فيه ، وإما قنا : إذا انقضت العدة كان لها التزويج ، لأن أخير ورد بذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما^(١) ، ولأن العدة لو لم تُفد بإباحة تزويجها نكاح لا معنى ها ، وإنما لم تحتج فيه إلى إذن الإمام لأن ذنه قد حصل بضرب لأجل ، لأن فائدة حبسها عن التزويج قبل انقضائه زوال المنع بانقضائه^(٢) .

قال أبو عمران : أحسن ما يعتمد عليه في تصحيح ربع سنين للمفقود أن يقل : إن عمر وعثمان وغيرهما من جميع من ذهب إلى إبدنة المرأة من عصمته مع تجويز حيته تفقوا على توقيت أربع سنين^(٣) ، وللمخالفون لهم^(٤) قلوا : لا تنكح بدأ حتى تتيقن وفاته^(٥) ، فإذا كان للسلف قولان لم يجر إحداث قول ثالث بعد انقراضهم^(٦) ، وإنما يجوز لمن بعدهم التمسك بما رأوه أصوب من ذلك ، وضعف^(٧)

(١) أخرجه البيهقي ، كتاب العدد ، باب من قال : تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشر ثم تحل ٧٣٢/٧ رقم (١٥٥٦٧) .

(٢) انظر : للمعونة ١٢٢/٢ ، ٨٢١ ، ١٢٢ .

(٣) سبق تحريجه قريباً .

(٤) وهو علي بن أبي طالب كما في تهذيب الطالب .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في امرأة لمفقود من قال : ليس ها أن تتزوج ٥١٣/٣ رقم (١٦٧٠٣) .

وقال بقول علي رضي الله عنه أبو قلابة وإبراهيم النخعي والشعبي وحابر بن زيد وحماد وغيرهم . نظر : المصدر نفسه ٥١٣/٣ .

(٦) قال أبو الوليد بياحي : وهو قول كافة أصحابها وأصحاب الشعبي . انظر : أحكام الفصول ص ٤٢٩ .

(٧) أي أبي عمران .

قول الأهرى : إن توقيت أربع سنين إنما هو لأنه أقصى مدة الحمل ، وذلك منتقض بقول مالك في العبد : أنه يضرب به أجل نصف ذلك ، وأنه احتلف قوله في أقصى مدة الحمل ^(١) ^(٢) .

[فصل ٢ — في الحكم إن قدم المفقود قبل نكاحها أو بعده]

ومن المدونة : قال مالك : فإن قدم أو صحت حياته قبل أن تنكح منعت من لنكاح ، وكنت زوجةً بحلف ، وكذلك لو تزوجت ولم يدخل بها لفسخ نكاح ثاني وردت بن الأول ، وكذلك لتي يئنها بطلاق وم تبغها الرجعة ، فإن لم تعلم هي ولم يقدم هو حتى دخل بها الثاني ، فالثاني أحق بها .
وأول قول مالك فيها : إن عقد نكاح الثاني دور البناء يُفيتها على الأول ، وأخذ به المغيرة وغيره .

وأخذ ابن لقاسم وأشهب بقوله الآخر : إن الأول أحق بها ما لم يدخل بها الثاني ^(٣) .

قال الشيخ : وعسى هذا القول لذي لا يفيتها ، لا دخول لثاني بها ، فيجب أن تقع به الحرمة وإن لم يدخل بها .
وقد اختلف هل يقع لتحريم في النكاح المختلف في فسخه؟ وهذا أقوى في تحريم لقوة الاختلاف فيه .

قال عبد الرهب : وإنما قال ^(٤) : إذ جاء زوجها في الأجل أو في العدة أو قبل تزويجها فهو أحق بها ، لأن الأجل إنما ضرب لمجيئه ، ولعدة نوافته فلم يكن ذلك وم تفت بتزويج ، فلذلك كانت باقية على زوجيته ، ونحو قال : وإن جاء

(١) نظر : ص ٥٧١ .

(٢) نظر : تهذيب الطالب ل ٦٢/ب .

(٣) نظر : المسونة ٤٤٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

(٤) في أزيادة "ذلك" .

بعد عقد الثاني ودخوله فلامقال له ، لأنها قد فانت بسوء وحكم الحاكم ، لأن عتدادها بمره حكم بالفراق عليه . وأما إن جاء بعد تزويج وقبض الدخول فوجه قول مالك الأول^(١) : أنها نكحت بعد لا عتداد وضرب الأجر كما لو دخل .

ووجه لآخر^(٢) : أنه عقد نكاح مختنف فيه طراً عليه عقد نكاح صحيح تقدمه ، فوجب أن لا يفتيها إلا بأن يضم إليه دخول ، أصه نكاح الولين^(٣) .

قال الشيخ : وأيضاً فإن لنكاح لثاني من نكاح صحيح لم يدخل فيه ، والأول نكح صحيح دخل فيه ، فقد زد مرة الدخول على الثاني فكان أولى ، وإن دخل الثاني فقد استوت مزيتهما وزاد عليه الثاني الحيازة فكان أولى .

قال ابن الجلاب : وإن فقد قبل الدخول أعطيت المرأة نصف صدقها ، قال : فإن ثبت بعد ذلك وفاته أكمل لها صدقها ، وكذلك إن مضى عليه^(٤) من الزمان مالا يجي لمسه دفع ليه بقية صداقها .

- قال الشيخ : وقاله عبد الملك^(٥) . -

وقيل : يدفع لها أولاً صداقها كله ، فإن جاء بعد ذلك زوجها حياً رجع عليها بنصفه ، وقيل : لا يرجع عليها بشئ^(٦) .

قال الشيخ : فوجه قوله : يدفع إليها نصف صداقها خوفاً أن يكون زوجها حياً فتعد فرقه طلاقاً .

ووجه أنه يدفع إليها جميعه . / لأنه أنزله بمنزلة الميت ، واعتدت لوفاته فكان [١٣٧/]

لها جميعه كالمتوفى عنها زوجها .

(١) وهو أن عقد نكاح لثاني دون البدء يفتيها على لأول ، وقد تقدم .

(٢) وهو أن الأول أحق بها ما لم يدخل بها لثاني .

(٣) أي أن امرأة إذا عقدت لوليان فالصحيح منهما العقد لأول ويطلق لثاني .

انظر : المعونة ٨٢٣/٢ .

(٤) في أ ، ب "عليها" .

(٥) انظر : اسواد والزيادات ٦٣/ب .

(٦) التفريع ١٠٨/٢ .

ووجه إن جاء حياً رجع عليها بنصفه : لأنه قد بان صحة الفرقة أنها كانت طلاقاً .

ووجه أنه لا يرجع عليها بشئ : لأنه حكمٌ نفذ فلا يُنْقَضُ .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك : إذ قضى لزوجته بجميع الصداق قبل الباء . ثم قدم - [يريد] ^(١) وقد تزوجت - ردت نصفه ، ثم رجع فقال : لا ترد شيئاً كالميت والمعتز .

قل بن المواز ^(٢) : وهذا استحسنت ، والأور أقيس ، وهو أحب إلي ، وقده أصبغ ^(٣) .

[قال الشيخ] : قال أبو بكر بن عبد الرحمن : وإذا ضرب لها الأجل وعتدت ثم أرادت أن تبقى على عصمة المفقود فليس لها ذلك ، لأنها صارت مساحقة للأزوج ، ولا حجة أنه لو قدم لكان أحق بها ، لأنها إنما أمرت بالعدة للفرق ، فتجبر على ذلك حتى تطهر حياته ، ألا ترى أنها لو ماتت بعد العدة لم يوقف له منها ميراث ، وإن كان لو علمت حياته ردت إليه ^(٤) .

وكذلك قال أبو عمران : إذا عتدت أو مصت بعض العدة لم يكن لها أن ترجع إلى عصمته ، وقد وجبت عليها العدة والإحداد . فليس لها أن تسقط موجب عليها باختيارها .

وأما في الأربع سنين فيها ذلك ، لأنها لم تجب عليها عدة .

قال : ومتى مارفعت بعد ذلك ابتداءً لها ضرب ^(٥) .

(١) من تهذيب الطالبي .

(٢) في جميع النسخ " قال ابن القاسم " ، وهو خطأ ، والتصحيح من التهذيب .

(٣) انظر : تهذيب الطالبي ٦٣/ب .

(٤)، (٥) انظر : تهذيب الطالبي ٦٣/ب ، ٦٤ أ .

قال الشيخ . وحكى ابن عَيْشُون الطَّيْطَلِي^(١) عن ابن نافع : أنها إذا اعتدت ثم قدم المفقود أنه لاسبين له إليها ، لأنها أبيحت للأزواج إلا بصدقة مبتدأ^(٢) . قال أبو عمر ن : وتواليف ابن عَيْشُون الطَّيْطَلِي مُحْتَمَلٌ وَنَقْلُهُ ضَعِيفٌ^(٣) .

[فصل ٣ - في الحكم إن رجعت إلى الأول قبل بناء الثاني أو مات الثاني بعد البناء]

ومن المدونة : قال مالك : فإذا رجعت إلى الأول قبل بناء الثاني كانت عنده على الطلاق كله ، وإنما تقع عندها طقة بدخول الثاني ، فمما قبل ذلك فلا ، لأنه قد وقع الفرق ، وقبل الدخول قد فسخ نكاح الثاني ، وبقيت على الزوجية الأولى .

قال مالك : وإذا مات عنها الثاني بعد البناء ثم تزوجها الأول رجعت عنده على تطليقتين إلا أن يتقدم له فيها طلاق .

قال ابن القاسم : وإذا علم أن المفقود مات بعد نكاح الثاني وقبل دخوله فموته ههنا كقدومه حيثذ ، فيفسخ نكاح لثاني ، وترث الأول ، وتعتد لوفاته من يوم صحة موته ، لأن عصمة لأور لم تسقط ، وإنما تسقط بدخول الآخر^(٤) .

قال الشيخ : وهذا على قوله الآخر : أنها لا تفوت إلا بالدخول^(٥) ، ولأن موته في هذا لقول قبل دخول الثاني يصير الثاني كأنه ناكح في عدة ، لأنها باقية على عصمة الأول ، وتلزمها بموته عدة ارفاة ، وقد صدرت في حال العدة متزوجة لغيره لم يدخل بها .

(١) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيشون الطيطلبي ، فقيه ، إمام ، حافظ ، له تأليف منها :

مختصر مشهور في الفقه ، وحديث مسند مالك ، ومختصر لمدينة . توفي بطيطة سنة ٣٤١هـ .

انظر : ترتيب المداكر ٤٥٨ ، ٢ ، الديباج ٢/٢٠٤ ، شجرة النور ص ٨٩ .

(٢) ، (٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٤/١ .

(٤) انظر : المدونة ٤٤٩/٢ ، ٤٥٠ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

(٥) كما تقدم ، انظر : ص ٦١٢ .

[فصل ٤ — في الحكم إن مات الثاني قبل البناء أو علم موت الأول بعده]

ومن المدونة : قل بن لقسم : ومات الثاني قبل البدء فورثته ، ثم عُلِمَ أن الأول حيٌّ ردت ميراثها من الثاني ، ورجعت إلى حكم عصمة الأول في حياته وموته ، ولو علم أن الأول مات بعد بناء لِثاني فهو كمحيته حيثئذ ، فثبت عصمة الثاني ولا تَرث الأول^(١) .

ابن المواز : ولو دخل بها الثاني ثم علم أن المفقود مات قبل دخول الثاني كان نكح الثاني مفسوخاً^(٢) .

قال الشيخ : لأنه يصير كأنه كان كحل في العدة ، إذ مرَّ بها زمن العدة وهي معقودٌ عندها ، فكان ذلك كالعقد فيها ، كالرامي من حُلٍّ تخرق رميته الحرام فتصيب الصيد في الحل ، أنه كالرامي في الحرام^(٣) .

قال الشيخ : وقد تقدم لابن المواز ما يدل على خلاف هذا^(٤) .

قال : إذا اعتدت المنعي لها زوجها وتزوجت ودخل بها ، ثم ثبت أن الأول مات بعد عقد ثاني وقبل دخوله فليفرق بينهما . ويؤمر بانتزاع عنها ، وهي خُفٌّ من نكح في لعدة ودخل بعدها ، وهو كمن يواعد في العدة ودخل بعدها [١٣٧/ب] لأنه عقد نكاحها وهي ذات زوج ، فعقده كالأعقد ، ولكنه وطئ في نكح كانت فيه عدة ، فبيتزه عنها أحب إلي^(٥) .

قال الشيخ : وما قدمت أقيس^(٦) ، لأنه عقدٌ لو قدم بعد الدخول فيه لم تُرد به . ويثبت على ذلك العقد ، وإن كانت يوم العقد ذات زوج فيلزم أن مات الأول

(١) انظر : المدونة ٤٤٩/٢ ، ٤٥٠ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

(٢) وقد تقدم قريباً من قول ابن القاسم ، انظر : تهذيب الطالب ل ٤٤/ب .

(٣) انظر : المصنف نفسه ل ٦٤/ب .

(٤) انظر : ص ٥٩٩ .

(٥) انظر : التواخر والزيادات ل ٢٦٧/ب .

(٦) وهو فسخ النكاح الثاني .

قبـل دخـول الثـاني فقـد صـادفتـها العـدة وهـي معـقودٌ عـليها ، فـهي^(١) كـمن عـقدت فـي العـدة ودخـلت بعـدها ، أصـله ارامـي من لـحل تـحرق رـميته لـحرم ثـم تـصيبه فـي الـحل ، والله أعلم .

[فصل ٥ — في الحكم إن نكحت في عدتها من الأول ، أو بعدها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو مات الأول بعد الأجل والعدة ، ثم نكحت في وقت تكون فيه في عدة من الأول في صحة موته فسخ نكاح الثاني ، فإن لم يكن دخل بها كاد خاطباً من الخطأ^(٢) بعد نقضاء عدة الأول ، وإن كن قد بنى بها في عدة الأول لم تحل له أبداً ، وترث الأول في الوجهين ، وإن صح أنها نكحت بعد تمام عدة الأول من يوم موته وورثته ، وثبتت مع الثاني . وسلك بالقي نعم بالطلاق ولا تعم بالرجعة حتى تعند وتنكح هذا المسلك في فسخ النكاح والموت والميراث وجميع أحكامها^(٣) .

قال عبد الملك : وذلك إذ أقدم بينة أنه ارتجع قبل عقد الثاني ، فأما بقوله بعد عقد نكاح الثاني : إني ارتجعت قبل عقد الثاني ، فلا يقبل منه^(٤) .

قال ابن المور : وامرأة المفقود لو تزوجت الثاني ودخل به ، ثم وجد نكاحه نكاحاً فاسداً يفسخ بغير صلاقي . وقدم المفقود ، فإنها ترد إليه ، ولو كان نكاحاً^(٥) يفسخ بطلاق لم ترد إليه .

(١) "فهي" ليست في أ .

(٢) أي إن أحب .

(٣) انظر : المدونة ٤٥٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

(٤) "منه" ليست في أ ، ب .

(٥) "نكاحاً" ليست في أ .

ولو قدم بعد أن خلا بها الثاني خلوةً توجب عليها العدة وقدل : لم أمسها ،
لحرمت على الثاني - يريد في هذا النكاح - ولم تحمل للآخر إلا بتكاحٍ جديدٍ بعد
ثلاث حيض^(١) .

قل : وإن نكحت امرأة المفقود في شهور العدة فهي ناكحةٌ في عدة ما لم
يظهر للمفقود خير ، ويفسخ نكاحها . وتؤمر بتمام الشهور مع ثلاث حيض من
إثاني ، فإن نكحت في اثلاث حيض فهي ناكحةٌ في العدة ظهر للمفقود خير أو لم
يظهر ، ولكن يكون النكاح في الشهور ناكحاً في عدة إن عَمِيَ خبره ، وإن ظهر
أنه حيٌّ أو أنه مات في وقتٍ لا تكون تلك لأشهر عدة ، أو أنه مات بعد لشهور لم
يكن ناكحاً في الشهور ناكحاً في عدة ، ولو تزوجت ثلثاً بعد الثلاث حيض من
الثاني وبعد لشهور ، ودخل بها الثلث ، صار متزوجاً في الشهور ناكحاً في العدة
إد لاسبيل للمفقود إليها بعد لدخول الصحيح قبل العنم بخبره^(٢) .

قال أبو محمد : إذ كان يلزم المفقود طلقاً فقد انكشف أن عدتها عدة
انطلاق ، فلاؤن جاهض نكاحها بعد تمام عدة الصلاق في بقية من الأربعة أشهر
وعشر ، فسم من النكاح في العدة ، أو قبل ذلك فيكون ناكحاً في عدة^(٣) .

قل ابن الموز : ولو ظهر أنه مات في وقتٍ يكون لثالث ناكحاً في عدة من
وفاة كان الثالث وإثاني نكحاً في عدة ، والناكح أولاً في الشهور غير ناكح في
عدة^(٤) .

قل مالك : وإن نكح في لأربع سنين ودخل بها فليفرق بينهما ، ثم يقيم
تمام الأربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشر ، ولا بد في ذلك من ثلاث حيض ،
ويبس بتكاح في عدة^(٥) .

(١) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٤٠ / ١ .

(٢)، (٣) انظر : المصدر نفسه ل ٢٦٦ / ب ، ٢٦٧ / أ .

(٤) لأنها لم تنكح بعده نكاحاً يصح حتى تكون لشهور عدة .

انظر : المصدر نفسه ل ٢٦٧ / أ .

(٥) انظر : تهذيب الطائ ٦٤٠ / ب .

وذكر عن أبي عمر : إذ تزوجت في الأجر أو^(١) قبل ضربه فليفرق بينهما
وتحد إن لم تعذر يجهل كالمنعي لها زوجها .

قال : وعند إسماعيل القاضي : أن امرأة المنعي لها زوجها بمنزلة امرأة المفقود
في اختلاف قول مالك في دخول من تزوجها وغير دخوله .

وقال : لا تكون 'سوء' حلاً من امرأة المفقود ، وتكون البينة التي نعت إليها
زوجها / وما فعلت هي كحكم الحاكم في المفقود^(٢) .

[١٣٨]

قال الشيخ : وقد تقدم للمالك وأصحابه خلاف ذلك^(٣) ، وإنها ترد إلى
الأول وإن فاتت^(٤) وولدت الأولاد من الثاني ، إذ لاحجة لها باجتهاد إمام ، أو
بيقين طلاق .

وذكر عن أبي عمران : إذا تزوجت في الأربعة أشهر وعشر^(٥) ففرق
السلطان بينهما إذ تزوجت في لعدة ، ثم ثبت أن المفقود مات ، وانقضت عدتها
منه قبل الأربعة أشهر وعشر وقبل تزويجها ، قال : لا يلزم ذلك الفسخ ، وترد إلى
هذا الزوج ، ولو كانت قد تزوجت غيره ففسخ نكاح الثالث ، وردت إلى الثاني .

وكذلك مسألة المنعي لها زوجها ، وكذلك لو غاب عن امرأة زوجها
فتزوجت ففسخ بسلطان نكاحها ، لأنها زوجة رجس ثم انكشف أن لغائب مات
أو طلقها وانقضت عدتها منه قبل نكاح هذا الزوج ، أن هذا الفسخ لا يلزمه ، وترد
إليه ، وهي كامرأة المنعي لها زوجها ترد إلى زوجها على كل حال .

قال : ولو أخبره ثقتان بموت زوجها لغائب فساءتدت وتزوجت ولم ترفع
إلى حاكم ، فلا يفسخ ذلك النكاح إذ كانت البينة عدلة ، والأمر على الصحة حتى
يظهر خلاف ذلك ، وإما يفسخ ذلك إذا كانت غير عدلة ، أو لم يعلم ذلك إلا

(١) في "أو" بدل "أو" .

(٢) المصدر نفسه ل ٦٣ / ١ .

(٣) انظر : ص ٥٩٨ .

(٤) "فاتت" ليست في أ ، ب .

(٥) أي بعد الأربع سنين .

لقولها فيفسخ نكاحها ، إذ لسا على صحة من سباحتها ، وإذا ثبت موته عندها
برجلين ثقتين لم يلزمها أن ترفع إلى الحاكم^(١) ، ولها أن تتزوج^(٢) .

قال ابن حبيب عن أصبغ : وإذا نكحت بعد الأجر ولعدة وبنى بها ثم طلق
أو مات ، ثم قدم الأول فأراد نكاحها وقد تقدم له فيها صئقتان فلا تحل له إلا بعد
زوج ، لأنها ثالثة بعد دخول الثاني بها^(٣) .

وفي السيمانية : قال أشهب : له أن يتزوجها بعد أن فارقها زوجها الثاني ،
لأنه أحلها له - وقاله بعض شيوخنا القرويين - .

قال : لأن بدخول ثاني انكشف له أن الطيقة وقعت عليها بعد العدة ، ورو
وقعت عليها بعد دخوله لوجب أن تستقبل العدة^(٤) .

وقد أبو عمران : قول أصبغ صواب ، لأن لطلقة الثالثة إنما تقع بدخول
الثاني ، وهي لم تحدث بعدها نكاحاً ، فلا تحل له من بعد حتى تنكح بعده^(٥) زوجاً
غيره . وكذلك نقول على أول قول مالك : أن عقد لنكاح يُقْبَلُها . أنها لا تحل
للمفقود إلا بعد زوج ثان ، فهذا وجه قول أصبغ ، والآخر وجه قول أشهب^(٦) .

[فصل ٦ - في النفقة على امرأة المفقود وولده]

ومن المدونة : قال مالك : وينفق على امرأة المفقود في الأربع سنين من ماله
ولانفقة لها بعد ذلك في الأربعة أشهر وعشر ، لأنها معتدة ، ولولده النفقة ما كنوا
صغاراً ، إن لم يكن لهم من ، فإن كن هم ماله أنفق عليهم منه ، لأن مالاً قال :
إذا كان للصغير مال لم يجبر الأب على النفقة .

(١) في أ ، ب " لحكمين " .

(٢) (٣) ، (٤) : انظر : المصدر نفسه ل ٦٥ / أ .

(٥) " بعده " ليست في أ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل ٦٥ / ب .

قال ابن القاسم : وما أنفق على ولد المفقود وزوجته فلا يؤخذ منهم بذلك كفيلاً .

قال مالك : وإذا أنفقت امرأة لمفقود من ماله في الأجل ، ثم ثبت أنه مات قبل ذلك ، غرمت ما أنفقت من يوم مات ، لأنها قد صرت ورثة ، ولم يكن منه تفريط ، ونفقتها من ماله .

قال ابن القاسم : وكذلك إن مات قبل الأجل فلها ترد ما أنفقت من يوم مات ، وكذلك لتوفى عنها زوجها ترد ما أنفقت بعد الوفاة ، وكذلك ما أنفق على ولد المفقود ، ثم ثبت أنه مات قبل ذلك ، فإنهم يردون ما أنفقوا بعد موته^(١) .

فصل [٧ - في مال المفقود وميراثه]

قال مالك : ولا يقسم ورثة لمفقود ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يحيا إلى مثله ، فيقسم بين ورثته حينئذٍ لا يوم فُقِدَ^(٢) .

قال الشيخ : لأنه لا ضرر في إيقافه فهو / مفارق للزوجة . [١٣٨ / ب]

قال مالك : أو يصح وقت موته فيرثه ورثته يوم صحة موته^(٣) .

ابن الموار : قال ابن لقاسم وغيره : وترثه حينئذٍ زوجته هذه التي ضرب لها الأجل ، وعتدت إن لم تتزوج وبني بها ، ولو علم أنه مات قبل بناء الثاني لها لورثت الأول كانت الآن حية أو ميتة . وأحب إيناء ما قدمه بن وهب : أنهما يتوارثان ما لم تنكح زوجاً غيره^(٤) .

- قال الشيخ : لأنه لو أتى بكانت على زوجيتها معه . -

واختلف في تعميره ، فقال مالك وابن لقاسم : سبعون^(٥) .

(١) انظر : المدونة ٢ ٤٥٢، ٤٥١ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

(٢) انظر : المدونة ٢ ٤٥٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

(٣) سواء ثبت موته أو مَوِّت بالتعمير .

(٤) انظر : النوادر وزيادات ل ١/٣٤٠ .

قال عبد موهب : وهذا هو لظاهر ، لقوله صلى الله عليه وسلم : "أعمار أمي مائتين السنين إلى السبعين ، وقل من يجاوز ذلك" (١) . وهذا إخبار عما يتفق به الحكم من الأعمار .

وقال مالك وابن القاسم أيضاً : ثمانون .

قال ابن الماجشون : تسعون ، وقيل عنه : مئة (٢) .

وقال شهاب : مئة من يوم مولده (٣) .

وسئل الشيخ أبو عمران عن الذي يفقد وهو ابن ثمانين سنة؟

قال : يضرب أجل عشر سنين ، وكذلك إن كن ابن تسعين ، وأما إن كان ابن خمس وتسعين فبمما يضرب له خمس سنين . وإذا فُقد ابن مئة اجتهد فيما يضرب له ، قال غيره : كالسنة ونحوها (٤) .

وفي كتاب ابن سحنون : إذا فُقد ابن ثمانين ، أو تسعين ، أو مئة ، استحب أصحابنا (٥) أن يزداد على ذلك عشر سنين .

قال بعض أصحابنا : ولأول أصوب (٦) .

(١) أخرجه الترمذي ، كتاب الدعوات ، باب في دعاء النبي صلى الله عليه وسلم ٥١٧٠٥ رقم (٣٥٥٠) ، وابن ماجه ، كذب لزهد ، باب الأمل والأجل ١٤١٥/٢ رقم (٤٢٣٦) ، وابن حبان ، كتاب الجنائز ، باب في أعمار هذه الأمة ٢٧٦/٤ رقم (٢٩٦٩) وصححه ، والحاكم كذب لتفسير ، تفسير سورة الملائكة (غافر) ٤٦٣/٢ رقم (٣٥٩٨) وقال : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي .

(٢) انظر : المعونة ٨٢٣/٢ ، ٨٢٤ .

(٣) انظر : النوادر والزبدات ل ٣٤٠/١ .

(٤) انظر : تهذيب مطالب ل ٦٤/١ .

(٥) في أ ، ب زيادة "بعض" .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل ٦٤/١ .

فصل ٨ — في الحكم إن مات للمفقود ولد

ومن المدونة : قال مالك : وإذا مات للمفقود ولدٌ وقِفَ ميراثه منه ، فإن أتى أخذه ، وإن مَوْتُه بالتعمير رُدَّ ذلك إلى ورثة الابن يوم مات ، وورث هذا المفقود ورثته يوم جعلته ميتاً ، ولا يرثه ولده الذي مات قبل ذلك .
قال مالك : ولا يرث أحدٌ أحداً بالشك . وكذلك لا ورث بالشك من لا يعم أو هُما موتٌ بفرقٍ أو هُدم ، ويرث كل واحدٍ ورثته^(١) .
وقال ابن الماحشون : وإذا مَوْتُ الأب بالتعمير بقي ميراثه من الابن موقوفاً إلى يقين أو هُما موتاً ، وبدأنا إياه على ورثة الابن توريثاً بالشك^(٢) .

فصل ٩ — في العبد المفقود يعتقه سيده

ومن المدونة : قال بن قاسم : وإذا فُقِدَ عبدٌ فأعتقه سيده وبه ولدٌ أحررٌ لم يجر ولاءهم حتى يُعلم أن العتق أصابه حياً ، ولا يوقف للعبد ميراث من مات من ولده الأحرار ، وهو بخلاف آخر في هذا ، لأنه على أصل منع الموارثة بالرق حتى يصح عتقه ، وأحسن ذلك أن يدفع إلى ورثة الابن بحمل يعصونه ، فإن جاء أبوهم دفعوا إليه حظه من ذلك ، وإنما أوقعته لحر ولم أدفعه بحماة . لأنه على أصل توارث الأحرار ، إلا أنني لاأورث بالشك .

وينظر الإمام في مال المفقود ، ويجمعه ويوقفه ، كان بيد ورث أو غيره ، ويوكل به من يرضاه ، وإن كن في ورثته من يره بذلك أهلاً أقامه له ، وينظر في ودائعهم وقراضه ، ويقبض ديونه ، ولا يبرأ من دفع من غرمائه إلى ورثته ، لأنهم لم يرثوه بعد ، وما أسكن ، أو أعار ، أو أجر ، إلى أجل أرجي إليه ، وإن قارض إلى

(١) انظر : المدونة ٤٥٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

(٢) انظر : النواذر وزيادات ل ٣٤٠/١ .

أجل فسخ ، وأخذ المال وملحقه من دين ، أو اعتراف ، أو عهدة ثمن ، أو عيب ،
قضي به عليه ، ولا يقام له وكيل ، وتدع عروضه في ذلك ، / وإن أقام رجل البينة [١٣٩/]
أنه أوصى له بشيء أو أسد إليه لوصية ، سمعت بينته ، وإذا قضي بموته بحقيقة أو
بتعمير جمعت الوصي وصيه ، وأعصيت الموصى له وصيته إن كان حياً ، وحملها
الثث ، ولا أعيد لبينة ، وكذلك إن أقامت المرأة بينة^(١) أنه زوجها قبلت بينتها^(٢) ،
لأن ما كُأ يرى القضاء على الغائب^(٣) .

فصل [١٠ - في امرأة الأسير]

قال ابن القاسم : وأما الأسير فلا تجل امرأته بخلاف المفقود ، علمنا بموضع
الأسير أم لا ، لأنه معوم أنه قد أُسِر ، ولا يصح الإمام من كشف حله إلى ما يفعله
في المفقود ، ولا تسكح امرأته إلا أن يصح موته ، أو تنصُرَه إم طائِعاً ، أو لا يُعَم
أطائعاً أو مكرهاً ، فيفرق بينهما ، ويوقف ماله ، فإن مات مرتداً كان للمسلمين ،
وإن أسلم كان له ، وإن تنصُرَ مكرهاً كانت في عصمته وينفق عليها من ماله^(٤) .

فصل [١١ - فيمن دخل بلاد الحرب هل هو كالمفقود أم لا ؟]

قال أصبغ : ومن أُدْرَبَ^(٥) في البر إلى بلد الحرب فليس كالمفقود في ضرب

(١) "بينة" ليست في أ ، ب .

(٢) "بينتها" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المدونة ٤٥٣/٢ - ٤٥٥ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

(٤) انظر : المدونة ٤٥٦ ، ٤٥٧ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

(٥) أصل الدَّرَب : المضيق في الحبال ، ومنه قولهم : أُدْرَبَ القوم . إذا دخلوا أرض العدو من بلاد
لروم . بطر : السب ، مادة (درب) .

الأجل ، وأما من فُقدَ إليها في لبحر فكان المفقود بعد^(١) الكشف والتربص يضرب له الأجل .

وقد أشهب في المدبر في البر إلى بلد الحرب كمفقود في بلد الإسلام ، ولا قوله^(٢) .

وقد عيسى عن ابن القاسم عن مالك : المفقود على ثلاثة أوجه : فمفقود لا يرى موضعه ، فهذا يكشف عنه الإمام . ثم يضرب له بعد الكشف أربع سنين ثم تعتد زوجته أربعة أشهر وعشر ، وتأخذ جميع صداق ، ثم تتزوج إن شاءت . ومفقود في صف المسلمين في قتال العدو في بلادهم ، فهذا لا تنكح مرأته أبداً ، وتوقف هي وماله حتى يأتي^(٣) عليه من الزمان ما لا يحيا مثله .
- قال الشيخ : وذلك كالأسير - .

قال : ومفقود في قتل المسلمين بينهم البين ، فهذا لا يضرب له أجل ، وإنما يتلوم الإمام لزوجته باجتهاده قلدر انصراف من انصرف ، وانهمام من انهزم ، ثم تعتد وتتزوج^(٤) .

قال ابن القاسم : وأنا أرى إن كنت العيبة التي فُقد فيها بعيدة من بلده كإفريقية ونحوها ضرب له سنة ونحوها ، ثم تعتد زوجته ، ويقسم ماله^(٥) .
قال سحنون : وإذا فقد في معرك بين المسلمين ، وشهد أنه قتل من حضره ممن لا يعدل ؟ ، قال : فإن ثبت حصوره المعرك بالعدول فيه حكم الميت وإن لم يشهد موته ، ويقسم ماله وتعتد زوجته من يوم المعرك ، وإن كان إنما رأوه خارجاً مع العسكر ليس في المعرك ، فهو كالمعتود . ويضرب له أجل الفقد^(٦) .

(١) في أ ، ب "في" .

(٢) تهذيب الطائفة ٦٣٠ ب .

(٣) "يأتي" ليست في أ ، ب .

(٤) ويقسم ماله .

انظر : نوادر ولزادات ل ٣٣٨ ، الكت والعروق ل ١٩٩ .

(٥) ، (٦) انظر : تهذيب الطائفة ل ٣٠٦ .

فصل [١٢] — فيمن فقد في معارك المسلمين

قال ابن حبيب^(١) : ومن قُتِلَ في معارك المسلمين لبي تَكُونُ بينهم ، فسواءُ كانت في بلدِهِ أو بَائِثَةً عن بلدِهِ فلتتربص زوجته سنةً أو ماقاربها ، ثم تعتد عدة الوفاة ، ثم تحل للأزواج ، ويؤخَّر ميراثه إلى التعمير^(٢) .

[قال أصبغ]^(٣) : إلا أن يكون المعتك في موضع لا يضمن أحدٌ له بقاء لقربِهِ وإيضاح أمره ، فلا تترص زوجته حينئذٍ أكثر من عدة ويقسم ماله^(٤) .

قال ابن حبيب : وقيل : إن كانت المعركة في بلدِهِ أو قرب منها لم تؤمر امرأته بأكثر من العدة ، وقسم ماله . وإن كانت بائِثَةً عن بلدِهِ تربصت زوجته سنةً ثم حلَّت ، وقسم ماله .

قال ابن حبيب : والأول أحبُّ إلينا^(٥) ^(٦) .

واختلف قول ابن القاسم في كتاب محمد ، هل العدة داخلةٌ في السنة أو بعدها في الذي يضرب له السنة؟^(٧)

(١) في جميع النسخ "قل أصبغ" ، وهو خطأ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٣٨/١ .

(٣) من النوادر .

(٤) انظر : المصنوع نفسه لـ ٣٣٨/أ، ب .

(٥) وهو أنها تربص سنة ، ثم تعتد عدة الوفاة من غير فرق بين كون المعركة في بلدِهِ أو بائِثَةً عنه كما تقدم .

(٦) انظر : تهذيب الطالبي لـ ٦٣/أ .

(٧) أي عسى قولين ، قال محمد : قال ابن القاسم : العدة داخلةٌ في السنة . ثم رجع فقال : بعد السنة عدة الوفاة .

انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٣٨/ب .

[الباب العاشر]

في عدة الوفاة وعدة امرأة الخصي
والمجبوب والصبي ، وعدة الصغيرة

[١٣٩/٤]

[فصل ١ — في عدة الحرة للوفاة]

قال الله تعالى . ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَدَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَسْلَوْنَ أَرْوَاحًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِمْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فِذَا بَلَغَ أَحْبَهُنَّ فَلَاحِقَاحٌ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١).

وقال عز وجل : ﴿وَوَلَاتِ لَأَحْمَالٍ أَجْهَنَ أَنْ يُضْعَرَ مِنْهِنَّ مَوْلًى﴾^(٢) فهذه عامة لكن معتدة^(٣) ، وقيل : إنها نزلت بعد الأولى .

قال مالك : فعلى كل معتدة لوفاة زوج تربص أربعة أشهر وعشر إذا كنت حرة مسلمة أو كناية ، بنى بها أو لم ين : صغيرة كنت أو كبيرة . والزوج صغيراً أو كبيراً ، حرّاً أو عبداً ، محبوباً أو سليماً .

قال : وإذا علم بعد وفاة الزوج بفساد نكحه ، وأنه مما لا يقرّان عليه ، فلاعدة عيها ولاإحداد . وعليها ثلاث حيض سترأى إن كان قد بنى بها ، ويلحقه ولدها ، ولاترثه ، ولها الصداق المسمى كله مقدّمه ومؤخره^(٤) .

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

(٢) سورة الطلاق : آية ٤ .

(٣) انظر : تهذيب الطالع ل ٥٩/ب ، أحكام القرآن ١٨٢٦/٤ .

(٤) انظر : المتنونة ٤٥٨/٢ ، تهذيب سنونة ص ١٠٦ ، ١٠٧ .

فصل [٢ - في عدة الأمة للوفاة]

قل : وعدة الأمة وم الولد ومن فيها بقية رقي في وفاة زوجها شهران وخمس ليل ، وقاله ابن المسيب^(١) وسليمان بن يسار وغيرهما^(٢) .

وقال يحيى بن سعيد : إن كانت الأمة لم تحض اعتدت في وفاة زوجها أربعة أشهر وعشرًا ، إلا أن تحيض حيضة قبل شهرين وخمس ليل فذلك يكفيها^(٣) .

ومن غير المدونة : قال مالك : وإن كانت الأمة لا يوطأ مثلها ، أو لم ين بها فقد حلت بتمام الشهرين وخمس ليل^(٤) ، وإن كانت يوصأ مثلها ولم تحض ، أو بدئة من الحيض وقد بني بها رفعت إلى تمام ثلاثة أشهر ، إذ لا يبرأ رحم بأقل من ذلك .

قال شهب : فإن نكحت بعد تمام شهرين وخمس ليل ففسخ ولا عقوبة فيه إلا أن تنكح قبل شهرين وخمس ليل في نكحة ، وقبل شهر ونصف في الطلاق فتعاقب^(٥) .

وقال أصبغ : إن تزوجت أمة مستحضة أو المستترأة بتأخير الحيض بعد أربعة أشهر وعشر في الوفاة ، وقبل تمام تسعة أشهر لم يفسخ نكحها ، لأنها اعتدت بما أمرت به ، وقد أبهم الله عز وجل ذلك^(٦) ، وقد علم أن منهن من تحمل وبعد الزيادة استظهار إلا أن يوجد في بطنها حركة فيفسخ إن نكحت قبل زوال ذلك .

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ، كذب لطلاق ، باب مآل في لأمة المتوفى عنها زوجها ، كم تعتد؟ ١٦٣/٤ رقم (١٨٨٨٠) .

(٢) كقطب بن أبي ربح وابن قسيط وحسن البصري .
نظر : المدونة ٤٣٦/٢ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٤٢٥/٢ .

(٤) ' وخمس ليل ' ليست في أ ، ب .

(٥) قال بن اموار : لأنه لا يبرأ رحم ولا يستين حمل في أقل من ثلاثة أشهر .

(٦) أي في قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَقُولُونَ مِنْكُمْ وَيَدْرُونَ أَنَّ مَا يَقُولُونَ بَاطِلٌ فَمِنْهُمْ أَرْبَعَةٌ أَشْهُرٌ وَعَشْرًا ۚ ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

قال أشهب : وإن كنت ممن تحيض فأتى للحره في الأربعة أشهر وعشرين ،
وللأمة في شهرين وخمس بيال . وقت حيضتها فحاضتها فقد حلت بتمام العدة ،
وإن لم تأت بها فهي مسترابة ، فترفع لحره ولأمة إلى التسعة أشهر وتحل .
قال أشهب : إلا أن تحس تحريكاً فتقيم إلى خمس سنين^(١) .
قال مالك : إلا أن تحيض الحره قبل التسعة أشهر وبعد الأربعة أشهر وعشرين
أو لأمة بعد شهرين وخمس ليال فتحن حيثن^(٢) .
قال أشهب : وإن كانت الحره أنها تحيض في أكثر من أربعة أشهر وعشرين ،
أو لأمة في أكثر من ثلاثة أشهر ، فزنهما بحلآن بهذه الشهور وإن قُرب وقت
حيضتها ، إلا أن ترتاب بحس البطن^(٣) .
[قال الشيخ] : وهذا كله قد قاله مالك في المختصر^(٤) .
وفي باب عدة المستحاضة من معاني هذا الباب ، وفيه عدة المستحاضة في
الوفاة^(٥) .

فصل [٣ - في عدة امرأة الخصى والمجبوب]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وتعد امرأة الخصى في الطلاق .
قال أشهب : لأنه يصيب ببقية ذكره ويتحصنان بذلك .
قال ابن القاسم : وأما المجبوب إن كان لا يمس امرأته فلا عدة عليها من
طلاقه^(٦) .

(١) لأنه أكثر مدة الحمل كما تقدم .

(٢) انظر : النوادر ولزادات ل ٣٤٣/أ ، ب .

(٣)، (٤) انظر : المصدر نفسه ل ٣٤٢/ب .

(٥) أي لابن عبد الحكم .

(٦) وهو الباب الثاني من هذا الكتاب .

(٧) انظر : المدونة ٤٥٧/٢ ، ٤٥٨ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

قال ابن أبي زمين : إذا كان^(١) مسح العسيب والخصي فلا عدة عليها من صلاته ، وهي / داخلة في الآية : ﴿ تَمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ﴾^(٢) وإن [١٤٠/١] جاءت بولدي لم يلحق به وحده ، وهذا بقيت معه أنثياه أو اليسرى ، وبقي معه من عسيبه بعضه فالولد لاحق به إلا أن ينفيه بعان ، وعيهب العدة ، وكذلك فسره عبد الملك^(٣) .

فصل [٤ - في عدة الصغيرة]

ومن المدونة : قال مالك : ومن دخل بزوجه وهي صغيرة لا يوطأ مثلها فلا عدة عليها من صلاته ، وإذا دخل الصبي بزوجه . ثم بارأ عنه أب أو وصي فلا عدة على امرأته^(٤) ، وقد تقدم هذا^(٥) .

(١) أي الخصي .

(٢) وهي تمامها : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَالَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَهُنَّ وَسَرَ حَتَّى تَجْمِلَا ﴾ . سورة الأحزاب : آية ٤٩ .

(٣) انظر : تهذيب الطائفة لـ ٦٢/ب .

(٤) انظر : المدونة ٤٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٦ .

(٥) أي في الباب الثامن من هذا الكتاب ، انظر ص ٦٠٦ .

[الباب الحادي عشر] في مقام المعتدة في بيتها وانتقالها إلى غيره

قال الله سبحانه : ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾^(١) يقول عز وجل : في العدة ، وقوله : ﴿إِلَّا أَنْ يَبَيِّنَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾^(٢) ، قال وكيع^(٣) : هو أن تبدوا على أهل الزوج .

وقال غيره : ذلك أن ترتكب فاحشة أو حداً تخرج إليه .

وقال آخرون : خروجها هي تلك الفاحشة^(٤) .

وقد لرسول عليه الصلاة والسلام لنفريعة بنت مالك^(٥) حين قُتل زوجها : "امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله"^(٦) ، وقضى به عثمان بن عفان رضي الله عنه^(٧) ، وكان ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم يتشددان في ذلك ، وينهيان أن

(١)، (٢) سورة الطلاق : آية ١ .

(٣) هو أبو سفيان وكيع بن الجراح بن مبيح لرؤسي الكوفي . الإمام ، حافظ ، محدث العراق ، أحد الأعلام ، كان ثقة كثير الحديث ، روى عن لأعمش وأقرنه ، توفي بقم سنة ١٩٧ هـ راجعاً من الحج .

انظر : الطبقات ٣٦٥/٦ ، سير أعلام النبلاء ٨٧/٨ ، شذرات الذهب ٣٤٩/١ .

(٤) انظر : تهذيب الطائفة لـ ٦٥/ب .

(٥) هي نفريعة بنت مالك بن سنان الخدرية ، أخت أبي سعيد الخدري ، شهدت بيعة الرضوان .

انظر : الطبقات ٢٧٢/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٧٥/٤ .

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب في المتوفى عنها تنتقل ٧٢٣/٢ رقم (٢٣٠٠) ، وابن مزي ، كذب لطلاق ، باب ما جاء أين تعد المتوفى عنها زوجها ٥٠٨/٣ رقم (١٢٠٤) ، وائسائي ، كتاب الطلاق ، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ١٤٤/٦ رقم (٣٥٢٨) ، ومالك ، كتاب الطلاق ، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ٤٦١/٢ رقم (٨٧) ، وابن حبان ، كتاب الطلاق ، باب العدة ٢٤٧/٦ رقم (٤٢٧٨) وصححه ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢٢٦، ٢٢٧ رقم (٢٨٣٣) وصححه ، ووافقه الذهبي وقال لزمدي : هذا حديث حسن صحيح .

(٧) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ٤٦٢/٢

رقم (٨٧) .

تخرج أو تبيت معتدةً في غير بيتها إلا لعذر^(١) .

وقد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس حين قتل زوجها أن تنتقل إلى بيت أم مكتوم^(٢) ، وقالت عائشة رضي الله عنها : وكانت فاطمة تبيت^(٣) في مكانٍ وحشٍ يخاف عليها فيه ، فلذلك أرحص لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنتقل^(٤) .

وقد انتقلت عائشة بأختها أم كَثُوم^(٥) حين قتل زوجها طَلْحَةَ من المدينة إلى مكة خوفاً عليها من فتنة المدينة بعد قتل عثمان رضي الله عنهم جميعين^(٦) .

قل مالك : فتعتد المرأة في الطلاق والوفاة في بيتها ولا تنتقل منه إلا لضررٍ لا قرار معه من خوف سقوطه ، أو خوف لصوصٍ بقريةٍ لا مسلمين فيها ونحوه . وإن كانت في مدينةٍ فلا تنتقل لضررٍ جوارٍ ولترفع ذلك إلى الإمام ، وإذا انتقلت لعذرٍ إلى منزلٍ ثانٍ أو ثالثٍ^(٧) لزمها المقام حيث انتقلت حتى تنقضي عدتها . وليكرأ في ذلك كنهه منطلقة عسى الزوج ، وإن انتقلت لغير عذرٍ ردّها الإمام

(١) أخرجه مالك أيضاً ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في عدة المرأة في بيتها إذا طقت فيه ٤٥٣/٢ رقم (٦٤،٦٣) .

(٢) هو عمرو بن قيس بن زائدة بن الأصم بن رواحة القرشي العامري ، ويقال : اسمه عند الله ، وعمرو أكثر ، أسم قديماً بمكة ، وكان من المهاجرين الأولين ، وكان ضريراً مؤذناً لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان النبي صلى الله عليه وسلم يستخلعه عسى مدينة فيصلي ببناب الناس ، شهد القادسية ورجع إلى المدينة ومات بها .
انظر : الإصابة ٥١٦/٢ ، سير أعلام النبلاء ٢٢٤/٣ ،

(٣) "تبيت" ليست في أ ، ب .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب قصة فاطمة بنت قيس ١٨٤/٦ .

(٥) هي أم كَثُوم بنت أبي بكر الصديق ، تدعى ، مات زوجها وهي حملٌ فوضعت بعد وفاة أبيها . تزوجها طلحة بن عبيد الله ، وقتل عنها يوم الجمل .
انظر : الطبقات ٣٣٧/٨ ، الإصابة ٤٦٩/٤ .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب من رخص للمتوفى عنها زوجها أن تخرج ١٦١/٤ رقم (١٨٨٦٧) .

(٧) "ثالث" ليست في أ .

بالقضاء إلى بيتها حتى تتم عدتها ، ولا كراء لها فيما أقامت في^(١) غيره^(٢) .
 وذكر لنا عن أبي بكر بن عبد الرحمن : إنما قال : لا كراء لها فيما أقامت في
 غيره ، و فرق بينها وبين إذا هربت من زوجها أن لها النفقة ، لأن لسكنى حق لها
 فتركته وسكنت في موضع آخر ، فأما التي هربت من زوجها فقد كان له أن يرفعها
 إلى الحاكم فيردها إلى بيتها ، فحكم لنفقة قائم عليه ، ولو كان لا يعلم أين هربت
 أو تعلل عليه رفعها ونحو هذا من الأعذار فلا شيء عليه من النفقة^(٣) .
 قال الشيخ : وقد تقدم الاختلاف في النفقة على الناشئ فأغنى عن إعادته^(٤) .
 ولرب الدار إخراجها منها في عدتها إذا انقضت أجل الكراء ، وإذا انهدم
 المسكن فدعت المرأة إلى سكنى موضع ودعا الزوج إلى غيره فذلك لها إلا أن [١٤٠] ب
 تدعوه إلى ما يضر به بكثرة كراء أو سكنى فتُمنع^(٥) .
 قال الشيخ : يعني بقوله : أو سكنى ، مثل أن يسكن بموضع يعد منه ، أو
 بموضع فيه قوم سوء ونحو ذلك ، لأن له التحفظ لِنَسَبِهِ في مثل هذا .
 ولو أسقطت عنه الكراء سكنت حيث شاءت^(٦) - يريد : حيث يُعرف أنها
 معتدة ، وموضع لا يخفى عنه خبرها لاحتفائه على نسبه^(٧) .
 وإذا هلك الأمير عن امرأة ، أو ضيق وهي في دار الإمارة ، فلا يخرجها
 لأمر إقدام من داره حتى تنقضي عدتها ، ودار الإمارة وغيرها في هذا سواء ،
 وكذلك قال مالك فيمن حبست عليه دار ، وعلى آخر بعده فهلك الأول وترك
 زوجته : أنه لا يخرجها من صارت إليه الدار حتى تتم عدتها^(٨) .

(١) 'أني' ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٥٨ ، ٤٥٩ ، تهذيب المدونة ص ١٠٧ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٥/ب ، ٦٦/ .

(٤) انظر ص ٥٢٤ .

(٥) (٦) انظر : المدونة ٢/٤٥٩ ، ٤٦٠ ، تهذيب المدونة ص ١٠٧ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٦/أ .

(٨) انظر : المدونة ٢/٤٦٠ ، ٤٦١ ، تهذيب المدونة ص ١٠٧ .

ابن المواز : ولو تأخرت حتى تنقضي الرية ولو إلى خمس سنين ، لأن لعدة من أسباب أمر الميت ، وهذا بخلاف سنين معلومة ، ويُسكنها إياها فإذا انقضت قبل تمام عدتها فلربّ الدار إخراجها^(١) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن بنى بزوجته الصغيرة ومثلها بجماع ، ثم صقها ، أو مات عنها ، فليس لأبويها أن ينقلها إليهما في العدة ، ولتعقد حيث كانت تسكن يوم مات الزوج أو طلق ، ولو خرج أبواها إلى الحج أو لسكنى ببلد آخر ، فلا يخرجها حتى تتم لعدة ، إلا للبدوية فإن مالكا قال فيها وحدها : إنها تنتوي^(٢) مع أمها حيث اتتوا لاحت انتوى أهل الزوج ، وتتم هناك بقية العدة . وقاله عروة بن الزبير^(٣) وربيعه بن عبد الرحمن .

وقال يحيى بن عمر : يريد بالبدوية أنهم أهل الخصوص .

قال ابن وهب : قال مالك : وإن كانت في قرار فانتوى أهلها ثم تنتوي معهم . وإن تبدأ زوجها فمات فإنها ترجع ، ولا تقيم تعقد في البدية .

قال ابن القاسم : وتعقد الأمة في الموت والصلاق حيث كانت تبيت ، فإذا انتجع سيدها إلى بلد آخر كان له أن يخرجها معه ، فتتم بقية عدتها في الموضع الذي انتقل إليه كالبدوية^(٤) .

قال حمديس : هذا خلاف ما روي عن مالك في أول الكتاب أنه لا يجوز بيعها إلا لمن لا يخرجها في العدة ، وإذا لم يجز ذلك لمشتريها فبائعها أولى^(٥) .

(١) انظر : النودر والزيدات ل ٣٤٧/ب .

(٢) أي تنتقل وتتحول ، فالنوى : هو التحول من مكان إلى مكان آخر ، أو من دار إلى دار غيرها كما تنتوي الأعراب في باديتها ، يقى : تنوى القوم إذا انتقلوا من بلد إلى بلد . انظر : اللسان مادة (نوى) .

(٣) أخرجه مالك . كتاب طلاق . باب مقدم المتوفى عنها زوجها في بينها حتى تحمل ٤٦٢/٢ رقم (٨٩) . وقال : وهذا الأمر عندنا .

(٤) انظر : المدونة ٤٦١/٢ ، ٤٦٢ ، تهذيب للمدونة ص ١٠٧ .

(٥) قال عبد الحق : ولا يلزم هذا الذي قال حمديس ، لأن العبد يستطيع إذا باعها أن يبيعها بشرط أن يتركها المشتري إلى تمام العدة . انظر : تهذيب الطالب ل ٦٥/ب .

قال ابن الموز : قال ابن القاسم : فإن كانت 'أمة مقطعة' إلى زوجها وليست ممن تأتبه من الليل إلى الليل فانتقل أهلها فلا تنتقل معهم حتى تتم عدتها^(١) .
ومن المدونة : وتجبر الزمية في العدة من مسلم على العدة في بيتها ولا تنتقل منه حتى تنقضي عدتها ، وهي في كل شيء من أمرها في العدة والإحداد مثل الحرة لمسمة .

ولاتببت معتدة من وفاة أو طلاق بائن أو غير بائن إلا في بيتها الذي كانت تسكنه ، ولها التصرف نهاراً والخروج سحرًا قُرب انفجر ، وترجع ما بينها وبين لعشاء لآخره ، وقاله ابن عمر^(٢) ، وقال : إنها تخرج إلى المسجد ، ولأكثر مؤمنها ، ولاتببت إلا في بيتها .

وقال الرسول عليه الصلاة والسلام للمعتدت المتحاورات في در : "مُحَدَّثَنٍ عند إحداكن ما بدا لكن ، فإذا أردتن انوم فلتأت كل امرأة إلى بيتها"^{(٣) (٤)} .
ابن الموز : يعني والله أعلم أن يقمن إلى وقت ينام الناس^(٥) .

ومن المدونة : قال مالك : والمصلحة وحدة أو اثنتين لا إذن لزوجها في خروجها من بيتها حتى يراجعها .

قال ابن القاسم : ولا يسافر بها حتى يراجعها .

قال / مالك : ولا تخرج في عدتها من وفاة أو طلاق حجة الفريضة حتى تتم [١/٤١]
عدتها . وتبيت المعتدة في دارها حيث كانت تبيت قبل ذلك في مشتهاد ومصيفها ،

(١) قال أصبغ : إذا كان نقطع سكنى عنده ومعه .

انظر : النوادر والزيادات لـ ١/٣٤٩ .

(٢) فقد جاءته امرأة السائب بن خطاب وذكرت له وفاة زوجها ، وذكرت له حرثاً لم يفنأه ، وسأته هل يصلح لها أن تبيت فيه؟ فننها رضي الله عنه عن ذلك ، فكانت تخرج من المدينة سحرًا ، فتصحب في حرثهم ، فتظل فيه يومها ، ثم تدخل المدينة إذا أمست فتبيت في بيتها .
أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحس ٤٦٢/٢ رقم (٨٨) .

(٣) أخرجه عبد الرزق ، كتاب الطلاق ، باب أين تغتسل المتوفى عنها ٣٦/٧ رقم (١٢٠٧٧) ، والبيهقي ، كتاب العدد ، باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها ٧١٧/٧ رقم (١٥٥١٢) عن مجاهد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو ضعيف بسبب إرسال مجاهد .

(٤) انظر : المدونة ٤٦٢/٢-٤٦٥ ، تهذيب المدونة ص ١٠٧ .

(٥) النوادر والزيادات لـ ١/٣٤٨ .

ولو كان في الدار بيوتٌ في إحداها متاعها وسكانها فلتعتد فيه ، وتبيت من بيتها هذا واسطوانتها وساحة حجرتها حيث شئت ، وإن كان في الدر مقاصير^(١) فلا تبيت إلا في مقصورتها .

قال مالك : وإذا كنت المطلقة ثلاثاً أو واحدة ليس لها ولازوجها إلا بيتٌ واحدٌ يكونان فيه فيخرج عنها ولا يقيم معها في حجرة .

قال : ولا بأس أن تنتقل في أحد البيوت الجامعة ، يكون هو في بيتٍ وهي في بيت ، ولا يدخل عليها فيما فيه الرجعة حتى يراجعها .

وإذا خرجت امرأةٌ مع زوجها في ريرةٍ أو إلى الحصاد أو إلى السواحل والرباط^(٢) لإقامة الأشهر والرجوع ، أو إلى حاجةٍ من قبض دينٍ أو نحوه ، ولا يريد انتقالاً فمات زوجها في الطريق ، فلترجع إلى بيتها تعتد فيه ، قرُبَت أو بعُدَت ، أو قد وصلت ، ولاترجع إذا بعُدَت إلا مع ثقة ، ولا قَعَدَت حتى تجد ثقة ، وإن خرج بها على رفض سكنى موضعه عتدت بموضع نقبها إليه ، وإن مات في طريق وهي تُقرب إلى موضع الأول أو ثاني فيها المصير إلى أيهما شئت إن كان قريباً ، وإن كان بعيداً فلاتمض إلا مع ثقة ، وله المقام بموضع موته ، أو تعدل إلى حيث شئت فتتم هناك عدتها ، لأنه مات . ولا قرار لها لرفض قراره ، ولم تصل بعد إلى قرار ، وكذلك هذا في الطلاق النائم وغيره ، وهي كمتحدةٍ أخرجها أهل الدار فيها أن تعتد حيث أحببت ، أو بمنزلة رجلٍ خرج من منزلٍ كان فيه بكراً ، فنقل المرأة إلى أهلها فتكرى منزلاً يسكنه ، فلم يسكنه حتى مات ، فيها أن تعتد حيث شئت .

(١) مقاصير جمع مقصورة : وهي النار الواسعة المحصنة ، وقيل : هي أصغر من الدار .
انظر : للسان ، مادة (قَصَر) .

(٢) الرباط : هو ملازمة نهر العدو ، وأصله أن يربط كل واحدٍ من الفريقين بحبله ، ثم صار لزوم النفر رباطاً . انظر : للسان ، مادة (رَبَطَ) .

وإذا مات زوجها في مخرجها إلى الحج ، وقد سارت اليومين والثلاثة وماقرب ، وهي تحب ثقةً ترجع معه ، فلترجع ، وترجع من مَلَل^(١) وذِي الحُلَيْفَةِ^(٢) إلى المدينة ، وقد رَدَّهْن عمر رضي الله عنه من ابْيَدَاء^(٣) (٤) .
ولا يفسخ كراء كريها ، ولتكر الإبل في مثل ما أُكْرِيت .
ولو أبعدت كإفريقية من الأندلس ، والمدينة من مصر نفذت ، وقاله ابن عمر^(٥) (٦) .
ابن المواز : بخلاف غير الحج فإنها ترجع فيه وإن بُعِدَتْ إن وجدت ثقة ، وكان يبقى لها بعد الرجوع بقية^(٧) .
قال أبو بكر بن عبد الرحمن : وكذلك في خروجها لحج غير الفريضة ترجع وإن بعُدَتْ كخروجها إلى الرباط ونحوه ، وإنما لا ترجع إذا بُعِدَتْ في حجة الفريضة^(٨) .

-
- (١) مَلَل : موضع على طريق المدينة إلى مكة على ثمانية عشر ميلاً من المدينة .
انظر : معجم البلدان ١٩٤/٥ .
- (٢) ذُو الحُلَيْفَةِ : هو الميقات لذي وقته النبي صلى الله عليه وسلم لأهل المدينة وهو قريب منها ، ويسمى أبيار علي .
- (٣) ابْيَدَاء : أرضٌ مَلَسَاء بين مكة وللمدينة وهي بن مكة أقرب ، تُعَدُّ من الشَّرف أمام ذي الحليفة .
انظر : لمصدر نفسه ٥٢٣/١ .
- (٤) أخرجه مالك ، كتاب إطلاق ، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ٤٦٢/٢ رقم (٨٨) .
- (٥) وهو أنها إن بُعِدَتْ لا ترجع ، وأثر ابن عمر رواه ابن وهب عن ابن لهيعة عن عمران بن سليم قال : حجت معنا امرأة توفي عنها زوجها قبل أن توفي عدها فلما قدمت المدينة انطلقت إلى عبد الله بن عمر فقالت له : إني حجت قبل أن أقضي عمتي؟ فقال لها : لولا أنك بلغت هذا المكان لأمرت أن ترجعي .
المدونة ٤٦٩/٢ .
- (٦) انظر : المصدر نفسه ٤٦٤/٢ - ٤٧٠ ، تهذيب المدونة ص ١٠٧ .
- (٧) أي من عدها ، النواذر والزيادات ل ٣٤٨/ب ، وسيأتي ذكر ذلك من المدونة قريباً .
- (٨) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٦/أ .

وذكر عن أبي عمران في الذي يسافر بزوجه تم طلقها فيلزمها الرجوع إلى بيتها قال : عليه الكراء في رجوعها ، لأنها إن رجعت من أجله ، وحُيِّست له ، فذلك بمنزلة ما يجب لها من السكنى عليه^(١) .

ومن المدونة : قال : وأم إذ أحرمت فلتنفذ قُرْبَت أو بُعْدَت ، ثم إن رجعت في بقية العدة عتدت في بيتها ، وكل من مُرَّتْها بالرجوع إلى بيتها فكنت لاتصل حتى تنقضي عدتها فلا ترجع ، ولتقم بموضعها أو حيث شاءت إلا أن تعلم في التقدير أنها يبقى من عدتها بقية بعد وصوها ، فلترجع ، وكذلك هذا كله في الطلاق البائن وغيره^(٢) .

(١) المصدر نفسه ١/٦٧ .

(٢) انظر : المونة ٢/٤٧٠ ، تهذيب المدونة ص ١٠٧ .

[الباب الثاني عشر] في سكنى المعتدات ونفقة المطلقات

[فصل ١ — في سكنى ونفقة المطلقات]

وأوجب الله سبحانه السكنى لكن مطلقة بقوله عز وجل : ﴿أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾^(١) وقوله عز وجل : ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾^(٢) [١٤١/ب] ولأن السكنى حرمة النسب ، ولو جوب حفظه ، فلا تزول بالبينة ، كما قال ابن أبي بيلي^(٣) ، وتُفارق النفقة^(٤) لأنها عوض من الاستمتاع ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابنته : "لا نفقة لها"^(٥) .

فأما ذوات الحمل فلهن النفقة ، كما اطلاق ثلاثاً أو واحدة ، لقوله عز وجل : ﴿وَإِنْ كُرَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفَقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٦) [٧/أ] .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك في ابنته : إذا أنفق عليها بغير قضية وقد دعت 'الحمل' ثم بطل الحمل لم يرجع عليها إذا أنفق عليها^(٧) بدعواها أو بقول لقوايل ، وإن أنفق بقضية رجع عليها .

(١) سورة الصلاق : آية ٦ .

(٢) سورة الصلاق : آية ١ .

(٣) هو أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن بن أبي لينى لأتصاري العلامة ، الإمام ، قاضي كوفة ومفتيها ، سمع لشعبي وطبقته ، كان نظيراً للإمام أبي حنيفة في الفقه ، توفي بالكونة سنة ١٤٨ هـ .

نظر : الطبقات ٢/٣٤١ ، سير أعلام النبلاء ٦/٤٧٦ ، شذرات الذهب ١/٢٢٤ .

(٤) انظر : المعونة ٢/٩٣٣ .

(٥) أي في أنها لا تجب للبائن .

(٦) وهو حديث فاطمة بنت قيس ، وقد سبق تخريجه ص ٤٧٨ .

(٧) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٨) نظر : المصدر نفسه ٢/٩٣٢، ٩٣٣ ، تهذيب الطالب ل ٦٥/ب .

(٩) 'عليها' ليست في أ ، ب .

- قال الشيخ : لأنه انكشف أن ما قضى به غير حق .
وقال عبد الملك : إن أنفق بغير قضاء فله أن يرجع ، ورواه عن ^(١) مالك .
قال في كتاب النكاح : وإن أنفق ^(٢) بحكم لم يرجع بشيء عليها .
قال محمد : وأحب إلي أن يرجع عنها في وجهين إن تبين ذلك بإقرار منها
أو بغير إقرار ^(٣) .
قال مالك : والغائب إذا طلق ثم أنفقت من ماله لم يرجع عليها بشيء .
بخلاف الموت ، لأن الحي فرط .
ولو قدم عليها رجل واحد وشهد بطلاقه فأعدمها ، أو رجل وامرأتان فليس
ذلك بشيء حتى يشهد عندهم من يحكم به السلطان في الطلاق ^(٤) .
وفي منتخب الأحكام ^(٥) : لأن نقاسم سماع يحى فان في المطلقة المبتوتة
وهي حامل تطب الكسوة : إنها إن كنت في أول الحمل فذلك لها ، وإن كان لم
يبق من أجل الحمل إلا ثلاثة أشهر ^(٦) ونحوها قوم ما كان يصير لها لتلك الشهور
من الكسوة لو اكتست في أول الحمل ثم أعطيت تلك القيمة دراهم ^(٧) .
ومن المدونة : قال مالك : فكل مطلقة لها السكنى ، وكل بائة بطلاق أو
بيات أو بخلع أو بمباراة أو بلعان ونحوه فله السكنى ، ولا نفقة لها ولا كسوة إلا في
الحمل البين ، فذلك لها مأقمت حاملاً ، إلا الملاعنة فإنها لانفقة لها في حملها ، لأن
ما في بطنها لا يلحق بالزوج ^(٨) .

-
- (١) "عن" ليست في أ .
 - (٢) في أ ، ب زيادة "بغير" .
 - (٣) النوادر والزيادات ل ٩٤٩/٣ أ .
 - (٤) تهذيب الطالب ل ٦٦/أ .
 - (٥) لابن أبي زمنين .
 - (٦) في أ ، ب "وار" بدل "و" .
 - (٧) المصنف نفسه ل ٦٦/أ .
 - (٨) انظر : للمدونة ٢/٤٧١، ٤٧٤ ، تهذيب المدونة ص ١٠٧ .

قال عيسى في كتاب ابن مزين^(١) : وإذا بلغ الإمام من معتدة أنها تبث في غير بيتها في عدتها فيعلمها بما جاء في ذلك^(٢) ، ويأمرها بالكف عن ذلك ، فإن بُث إلا ذلك أدبها على ذلك وأجرها عنيه^(٣) .

قال أبو بكر الأبهري : وإذا توفي عنها زوجها في دبر فيها يوث كثيرٌ فلا تصيف إلا حيث كانت تصيف قبل موته ، هذا هو الاختيار ، فإن خرجت من بيت إلى بيت ، أو إلى قعدة لدار فلا بأس بذلك إذا كانت ائدار غير مشتركة ، فأما المشتركة المسكونة فلا يجوز لها أن تبث في غير بيتها^(٤) .

ابن الموز : قال مالك : والكسوة : الشرع^(٥) والحمار والإزار ، وليس الجبة عندنا من الكسوة .

قال ابن القاسم : ونحن نقضي هاهنا بالجبة ، وكذلك في العتية^(٦) .

قال فيها يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في المبتوتة الحمل تطيب الكسوة : فإن طلقها في أول الحمل فذلك لها ، وإن كن في آخره وقد بقي منه شهران أو ثلاثة قوّمها ما يصير لتلك الأشهر من الكسوة لو اكتست من أول الحمل ، فتعطه دراهم^(٧) .

(١) هو القاضي أبو زكريا يحيى بن زكريا بن مزين القرطبي وأصله من طليطية ، مولى رملة بنت عثمان بن عفان رضي الله عنه ، عالم الحفظ ، فقيه ، به تأليف حسان منها : تفسير الموطأ ، وكتاب تسمية رجال الموطأ ، وكتاب علل حديث الموطأ ، وكتاب فضائل القرآن ، توفي سنة ٢٥٩ هـ .

انظر : ترتيب المداير ١٣٢/٢ ، الدباج ٣٦١/٢ ، شجرة التور ص ٧٥ .

(٢) أي في إيجاب سكنى المعتدة في بيتها من النصوص في الكتاب والسنة .

(٣) (٤) انظر : تهذيب الطيب ل ٦٥/ب .

(٥) درع المرأة هو قميصها الأعلى أو ثوبها الأعلى . غريب ألفاظ المتنوعة ص ١٦ .

(٦) أي بأن الكسوة يراد بها ما ذكره دون الجبة . انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٣٦٣/٥ .

(٧) قال : ولم تكسر ، لأنها إن كسيت انقضى الحمل وانقطعت نفقتها وكسوتها .

انظر : المصدر نفسه ٤٣٩/٥ ، ٤٤٠ .

قال مالك : وإذا طلق امرأته وهي حاملٌ مرضعٌ فعليه نفقة لحمل ونفقة الرضاع جميعاً^(١) ، وكذلك في كذب ابن الموز^(٢) .

[فصل ٢ — في سكنى ونفقة المطلقة الرجعية والكتائية والصغيرة]

ومن المدونة : وكل طلاق فيه رجعةٌ فيها النفقة والكسوة والسكنى حتى تنقضي عدتها ، كانت حاملاً أو غير حامل .

- قال الشيخ : ثبت حكم زوجية عليها ، وكذلك امرأة المولى إذا فُرّق بينهما ، لأن فرقة الإمام فيها غير بائنة ، وهم يتوارثان ما لم تنقض لعدة .

قال : / وتجب السكنى في فسخ النكاح الفاسد وذات محرم بقرية أو رضع [١/١٤٢] كنت حاملاً أم لا ، لأنه نكاحٌ يلحق فيه الولد ، وتعتد فيه حيث كانت تسكن ، ولا نفقة عليه ولا كسوة ، إلا أن تكون حاملاً فذلك عليه .

قال : ولكتائية الحرة على الروح المسلم من لسكنى ونفقة إذا طلقها ما لمسلمة .

قلت : فمن دخل بصبيبةٍ يجمع مثلها فحامعها أو لم يحامعها فطلقها ألبتة هل لها السكنى؟

فقال : إذا لزمت الجارية العدة لمكان الخلوة بها فيها السكنى .

قال مالك : وإن خلا بها في بيت أهلها فطلقها ، ثم قال : لم أصأ ، فصدقته أو كذبتة فالقول قوله في طرح لسكنى ، كما أقبه في [طرح]^(٣) نصف لصدائق ، وعليها العدة لهذه الخلوة ، وإنما تلزم انزوح السكى إذا زمه الصدائق كاملاً بحيث يجب جميع الصدق تجب السكنى ، إلا أنه إن لم يعلم له بها خلوة فلا عدة عليها في طلاق وإن ادعى المسيس .

(١) انظر : لمصدر نفسه ٣٨١، ٣٨٠/٥ .

(٢) انظر : لنواذر والزيادات ل ٢٤٩/أ، ب .

(٣) من تهذيب المدونة مصححاً .

قال : وإن دخل بها وهي لا يجامع مثلها لصغير فلا عدة عليها ولا سكنى لها في انطلاق ، وليس لها إلا نصف الصداق ، وعليها في الوفاة العدة ولها السكنى إن كان ضمها إليه ولمنزل له ، أو قد تقدّر كراءه ، وإن لم يكن نقلها فلتعتد عند أهلها^(١) .

قال أبو بكر بن عبد الرحمن : فإن كان إنما أخذها ليكفها ثم مات لم يكن لها سكنى ، وأطرّ ابن المواز ذكره ، وهو بين فاعلمه^(٢) .
وكذلك الكبيرة يموت عندها زوجها قبل البناء وهي في مسكنها فلتعتد فيه ، ولا سكنى لها عليه ، إلا أن يكون سكنه داراً ، أو أكثرها وتقدّر الكراء ، فتكون أحق بذلك المسكن حتى تنقضي عدتها^(٣) .

[فصل ٣ — في سكنى الأمة المطلقة]

ومن المدونة : إذا عتقت الأمة تحت عبد فاختارت نفسها ، أو لم تعتق فطلقها طلاقاً بائناً فإن كانت بؤنت مع زوجها بيتاً فلها السكنى عيه مادامت في عدتها ، وإن لم تبوأ معه فلتعتد عند سيدها ، وكذلك إن أخرجها سيدها في العدة فسكنت في موضع آخر ، فلا شيء على زوجها إذا لم تكن تبيت عنده ، ويجبر سيدها على ردها حتى تنقضي عدتها ، لا أن ينقلها من بلد وإن باعها بشرط أن لا يخرجها حتى تنقضي عدتها^(٤) .

وقال حمديس : وإذا انتجع سيدها إلى بندٍ آخر كان له أن يخرجها معه كابدية ، وهذا خلاف ما روي عن مالك : أنه لا يجوز بيعها إلا لمن لا يخرجها في العدة ، وإذا لم يجر ذلك لمشتريها فبائعها أولى^(٥) .

(١) انظر : المدونة ٢/٤٧١، ٤٧٣ ، تهذيب المدونة ص ١٠٧، ١٠٨ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٦/ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٧٢، ٤٧٣ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٤٧٧ . تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

(٥) تهذيب الطالب ل ٦٥/ب .

قال الشيخ : وهذا لا يوزم ابن القاسم ، لأن بائعها لا يخرجها إلا أن يضطر إلى الخروج بها . وبس هو مضطراً في بيعها أن يبيعها ممن يخرجها وهو يجد من لا يخرجها ، لأن المشتريين كثير ، ولو اضطر المشتري بعد شرائها إلى الخروج لأمر حدث غير مختار لذلك رأيت له أن يخرج بها معه كسيدها والله أعلم^(١) .

قال أبو عمران في الأمة إذا بَوَّكَّتْ مع زوجها بيتاً^(٢) : فليس لأهله أن ينقلوها^(٣) ، وهو لمحمد^(٤) ، قال : ولم يذكر فيه اختلاف ، وأشار إلى أنه ليس بخلاف لما في المدونة^(٥) (٦) .

ومن المدونة : قتل : فلو أنه هدم السكن فتحولت إلى موضع آخر بكرة ، أو أعتق العبد في العدة هل عليه شيء من السكني؟

قال : لا سكني عليه إذا لم تنوَّأ معه بيتاً ، وإنما يلزم لزوم مكان يزمه حين طلقها ، فما حدث بعد ذلك لم يلزم لزوم منه شيء^(٧) .

قال الشيخ : فإن قيس : هلاً جعل عليه السكني إذا عتق كما قال في نفقة الحمل إذا عتق ثم عتقت الأمة ، أو كانت حرة أنه ينفق من يومئذ ، وقد ذكر عن ابن الكاتب أنه قال : عليه / السكني من يوم عتق^(٨) ؟

قال الشيخ : يحتمل عندي إنما لم يكن عليه السكني حق السيد في كونه عنده . ولو عتقاً جميعاً لكان عليه السكني لزوال حق السيد ، وكما تنزله النفقة في الحمل إذا عتق . والله أعلم .

(١) المصدر نفسه ل ٦٥/ب

(٢) "بيتاً" ليست في أ ، ب .

(٣) أي حتى تتم عدتها .

(٤) انظر : النوادر والريادات ٤٩٩/٣ .

(٥) انظر : المدونة ٤٧٧/٢ .

(٦) تهذيب الطالب ل ٦٥/ب .

(٧) انظر : المدونة ٤٧٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٧/أ .

[فصل ٤ — في نفقة الأمة الحامل]

ومن المدونة : قال : وليس لأمة احامس^(١) نفقةً على زوجها إذا طلقها ألبتة إذ الولد رقٌ لغيره ، كان الزوج حرّاً أو عبداً ، وكذلك حرةً طلقها عبداً ألبتة وهي حامس ، فلانفقة لها إلا أن يعتق عبداً قبل وضعها فينفق على الحرة من يومئذ ، وإن كانت أمةً فلا ، إلا أن تعتق هي أيضاً بعد عتقه فينفق عيها في حملها ، لأن الولد ولده^(٢) .

[فصل ٥ — في سكنى ونفقة المتوفى عنها زوجها]

قال : وليس لمتوفى عنها زوجها نفقةٌ في عدتها وإن كانت حاملاً ، ولها السكنى في العدة إن كانت الدار للميت أو بكرّاً وقد نفّذه^(٣) .
وقال أبو حنيفة : لاسكنى لمتوفى عنها زوجها^(٤) . ودليلك : قوله صلى الله عليه وسلم للفرقة حين قتل زوجها : امكثي في بيتك حتى يسبغ الكذب أجله^(٥) .
ولأن ذلك يتعلق بحق الله عز وجل ، وبحق الميت ، وبحق النسب فأشبه الكفن^(٦) .
ومن المدونة : قال مالك : وهي أحق بسكن دار الميت من عزمائه^(٧) .
وتباع للغرماء وتشترط سكنها على المشتري^(٨) .

(١) "الحامل" ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٤٧٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

(٣) انظر : المدونة ٤٧٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٢٦ .

(٥) سبق تخريجه ص ٦٣١ .

(٦) انظر : المعونة ٩٣٤/٢ .

(٧) أي إن كن على الميت دين .

(٨) انظر : المدونة ٤٧٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

قال ابن المواز : قال مالك : فإن ارتبت فهي أحق بالمقام حتى تنقضي الريبة وتحل^(١) ، وأحب إلينا أن يرجع المشتري على البائع ، فإن شاء فسخ بيعه وأخذ اشمن ، وإن شاء تمسك بغير شيء يرجع به ، لأن البيع إنما^(٢) وقع على استثناء العدة المعروفة بأربعة أشهر وعشرًا ، ولو وقع بشرط زوال الريبة كان فاسدًا .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في لعنتية : أنه لاحجة للمبتاع^(٣) .

قال سحنون : ويرتد الريبة إلى خمس سنين فلاحجة للمبتاع ، لأنه قد علم أن أقصى العدة خمس سنين ، فكأنه دخل على علمه^(٤) .

ولابن عبد الحكم : أن بيع الدار وشرط سكنى^(٥) المرأة في عدتها غير لايحوز عنده ، لجواز أن تسري المرأة^(٦) .

ومن المدونة : قال مالك : وهي أحق من الغرماء بما نقد كراءه ، وإن كانت الدار بكراء ولم يقدر الزوج الكراء وهو موسر فلا سكنى له في ماله ، وتؤدي لكراء من ماله ، ولا تخرج إلا أن يخرجها رب الدار ، ويطلب من الكراء مالا يشبه^(٧) .

قال الشيخ : يريد : إذا كان مدة كراء الميت قد انقضت .

وقال بعض القرويين : معنى هذه المسألة : أنه أكرى كل سنة بكذا ، ودليله قوله : إذا لم ينقد الكراء فتغرم المرأة نكراء إلا أن يطلب منها صاحب المسكن مالا يشبه ، فشرطه إلا أن يطلب مالا يشبه يدل على ما قلناه أنه لم يكر سنة بعينها ، ولذلك فرق بين أن ينقد وبين ألا ينقد ، ولو كانت سنة بعينها فلا وجه للتفريق بين ذلك ، لأن عقد الكراء قد لزم ووجب على الميت في تركته^(٨) .

(١) "وتحل" ليست في أ ، ب .

(٢) "إنما" ليست في أ ، ب .

(٣) وإنما هي مصيبة نزلت به ، انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٤٧٤/٥ .

(٤) النوادر والزيادات ٣٤٧/ب .

(٥) "سكنى" ليست في أ ، ب .

(٦) تهذيب الطالب ل ٦٦/ب .

(٧) انظر : للمدونة ٤٧٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

(٨) انظر : النكت والفروق ٧٨/ب .

وهذا التأويل خلاف النص .

وذكر غيره من قرويين : أن بُا قُرَّة^(١) روى عن مالك أنه فرَّق بين أن يكرى في السنة بكذا أو يكرى سنة بعينها ، فهد يؤيد ماتقدم أنه إن لم يرعى انقضاء إذ لم ينقد عسى سنة بعينها ، لأنه إذا نقد صارت كالمعينة . وهذا لم ينقد فالكراء غير منعقد لأن لما شاء نفسخ ففسخ ، وأما إذا عقد سنة بعينها ففسخ نقد ثم لا ، لأن الكراء منعقد بينهما وقد لزم ذلك ذمته ، وهذا خلاف ما في كتاب ابن المواز وغيره من أنه إن أكرى سنة بعينها لا تكون المرأة أحق بها إلا أن يكون الميت قد نقد الكراء ، وهذا التأويل خلاف النص^(٢) .

وقد قال مالك في كتاب ابن المواز : إذا أكرها مدة فمات وبقي من المدة بقية ولم ينقد الكراء فأكبر لازم للميت في ماله ، ولا تكون الروجة أحق بذلك ، [١٤٣/١] ثم تخصص الورثة في ذلك ، فلورثة بحرجهما إلا أن تحب أن تسكن في حصتها ، وتؤدي كراء حصتهم .

- قال الشيخ : يريد : برضاهم - .

وإن نقد بعض أنكراء سكنت في حصة مانق بأسره وكان الحكم فيما لم ينقد كما ذكرنا^(٣) .

وإن شاء الورثة أن يكرؤوا منها لزما المقدم ، وإن شاؤا إخراجها فذلك هم ، وكذلك صاحب الدار بعد المدة^(٤) .

فهذا يدل على خلاف التأويل المتقدم^(٥) .

(١) هو موسى بن طارق السكسكي الزبيدي ، كنيته أبو محمد ، وبو قرة لقب له ، قاضي زبيد ، محدث ، إمام . حجة ، روى عن مالك لموطأ وغيره ، له كتابه الكبير ، وكتابه المبسوط ، وسماع معروف في الفقه عن مالك .

انظر : ترتيب لمذاكر ٣٩٦/١ ، سير أعلام النبلاء ٢٢٠/٨ ، اللبج ٣٢٤/٢ .

(٢) انظر : تهذيب الطب ل ٦٦/ب .

(٣) أي من أنها لا سكنى لها في ماله وتؤدي كراء من مالها .

(٤) النوادر والزيادات ل ٣٤٧/ب .

(٥) أي الذي ذكره بعض القرويين من أن المراد أنه أكرى كل سنة بكذا .

وذكر عن أبي عمران أنه إذا أكرى الرجل منزلاً ونقد كراءه قبل أن ينتقل إليه ثم مات قبل أن ينتقل إليه فليس لمرأة أن تنتقل إليه وتعتمد في الموضع الذي هي فيه^(١) .

ومن المدونة : قال مالك : فإن أخرجت أقامت بموضع تنتقل إليه لا تخرج منه ولا تبني إلا فيه حتى تنقضي عدتها ، وكذلك إن أخرجت من المسكن الثاني فأكثرت ثالثاً ففيه تعمد وتبيت .

قال ابن القاسم : وأما إن ضيقها زوجها طلاقاً بائناً فلزمه السكنى ثم مات في لعدة فقد وجب لها السكنى في مال الزوج قبل الوفاة ديناً ، فلا يسقطه موته ، بخلاف المتوفى عنها لو لم يطلقها ، وكذلك بعني عن مالك ، وقد روى ابن نافع عن مالك أنهما سواء إذا طلق ثم مات ، أو مات ولم يطلق . قال سحنون : وهذا أعدل^(٢) .

قال يحيى بن عمر : كما تنقطع النفقة بموته عن الحامل^(٣) .

قال الشيخ : وفي سماع بن القسم عن مالك : أن الحامل إذا اختلعت من زوجها أو طلقها طلاقاً بائناً فلزمته نفقتها ثم مات قبل أن تضع أن النفقة تسقط عنه بموته^(٤) .

وقد مضى في إرخاء الستور^(٥) عن ابن نافع عن مالك : أن الحامل إذا اختلعت من زوجها مثل هذا^(٦) ، فيلزم ابن لقاسم عند أهل النظر أن يقول في السكنى أنها تنقطع عنها كما تنقطع النفقة^(٧) .

(١) تهذيب الطالب ل ١/٦٧ .

(٢) انظر : للمدونة ٤٧٥/٢ ، ٤٧٦ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

(٣) (٤) تهذيب الطالب ل ١/٦٦ .

(٥) أي في كتاب إرخاء الستور .

(٦) أي أنها تسقط .

(٧) لأن النفقة إنما لزمته لها في حياته فإذا مات سقطت .

المصدر نفسه ل ١/٦٦ .

قال بعض فقهاء : لا يلزم ابن القاسم هذا ، لأن النفقة إما سقطت بموته لأنها بسبب الحمل . وقد صار إحمل الآن ورثاً ، فلذلك وجب سقوطها ، وأما السكنى فهي للمرأة وقد وجبت لها عليه في صحته فلزمته كدين لها ، فلا يسقط ذلك موته ، والله عز وجل أعلم^(١) .

قال الشيخ : لأن السكنى لا تسقط في الموت ولا في الطلاق البائن إن كان المسكن له ، أو نقد كراءه ، وتسقط في ذلك النفقة ، فدل أن السكن أقوى .

[فصل ٦ — في المطلقة إن كانت في بيت بكراء]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو طلقها وهو في بيت بكراء فأنفس قبل انقضاء العدة فلرب الدار إخراجها ، لأنه أحق بمسكنه .

قال مالك : وقال ابن المسيب : لكراء على الزوج ، فإن لم يكن عنده فعليها ، وإن لم يكن عندها فعلى الأمير^(٢) .

قال ابن القاسم : وإذا كانت المرأة في مسكن بكراء أكثرته^(٣) فطلقها زوجها فلم تطلب الزوج بالكراء إلا بعد العدة فذلك لها ، وكذلك إن كان زوجها لم يفارقها فطلبت منه كراء المسكن الذي أكثرته بعد تمام السكن فذلك لها إن كان موسراً حين سكنت ، وإن كان عديماً فلا شيء عليه^(٤) .

قال ابن أبي زئيم : معنى هذه المسألة عندي : أنها إن أكثرت المسكن بعدما تزوجها ، فأما إن تزوجها وهي في بيت بكراء فقد قال^(٥) في كتاب كراء

(١) المصدر نفسه ل ٦٦/١ .

(٢) أخرجه مالك ، كذب الطلاق ، باب ما جاء في عدة المرأة في بيتها إذا طوقت فيه ٤٥٤/٢ رقم

(٦٦) .

(٣) "أكثرته" ليست في أ ، ب .

(٤) انظر : المدونة ٤٧٦/٢-٤٧٨ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

(٥) أي ابن القاسم

الدور ولأرضين : لاكرء على الزوج إلا أن تكون يئنت له أنها إنما تسكن بكراء^(١)
وإن لم يكن هذ معناه تناقص من القول ، و لله علم^(٢) .

فصل ٧ - في السكنى والنفقة على الزوج المعدم وفي سكنى ونفقة أم الولد من وفاة سيدها أو عتقه لها]

ومن المدونة : قال بن لقسم : ولاسكنى على معدم في عدة . ولانفقة في
حمل إلا أن يوسر في حملها فتأخذ بنفقة مابقي . وكذلك / لسكنى . ون : ١٤٣/ب
وضعت قبل يسره فلانفقة لها في شيء من حملها .
ولأم الولد^(٣) السكنى في احيصة إن مات السيد أو أعتقها ، ولانفقة لها ،
وكل شيء يجبس عليه فيه من عدة أو استبراء فلها فيه السكنى .
قال مالك : وإن كنت حاملاً حين أعتقها فلها لنفقة مع السكنى .
قال غيره : إذا كانت حاملاً في الوفاة فلها السكنى ولانفقة لها^(٤) .
ابن المواز : قال ابن القاسم : وإن لم تكن حاملاً فلاسكنى لها ، وراها لها
شهب استحساناً من غير يجاب .
قل بن القاسم : وإن كانت حاملاً فيها لنفقة والسكنى إن أعتقها ، وها
أن تبنت في غير بيتها ، مات سيدها أو أعتقها .
وقال أصبغ مثل قول أشهب وأشد ، ويرى ذلك لها وعليها ، ولو كانت
حاملاً في الوفاة فلها السكنى ولانفقة لها^(٥) .

(١) أي فإن شئت فأد ون شئت فأخرج . انظر : المدونة ٥١٨/٤ .

(٢) النكت والفروق ل ٧٩/أ .

(٣) في أ "ولا لأم الولد" .

(٤) انظر : المدونة ٤٧٨/٢ . تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

(٥) انظر : النودر والزيادات ل ٣٤٩/أ .

[فصل ٨ — في سكنى ونفقة المرتدة]

ومن المدونة : قال مالك : وللمرتدة الحامل النفقة والسكنى مادامت حاملاً^(١) .

قال أبو بكر بن البّاد : ليس لها السكنى ، وإن لم تتب تسجن حتى تضع . قال مالك : فإن لم تكن حاملاً لم تؤخّر واستيتت ، ولانفقة لها في هذه الاستتابة ، لأنها قد بنت منه ، فإم أن تقتل أو ترجع إلى الإسلام ، فيكون ذلك طلاقاً بائناً ، ويكون لها السكنى^(٢) .

وذكر الباجي^(٣) : أن علي بن زياد قل : إذا ارتدت المرأة رغبةً في فسخ النكاح ، وعلم ذلك منها أن ذلك لا يفسخ النكاح . وتبقى زوجةً له على حالها^(٤) .

فصل ٩ — في سكنى زوجة المعترض والجوسية إن أسلم زوجها إذا فرق بينهما]

ومن المدونة : قال مالك : والمعترض عن امرأته إذا فُرّق بينهما عند الأجل فيها عليه السكنى في عدتها .
والجوسيان إذا أسلم الزوج فوقعت لفرقة بينهما وقد بنى بها فيها اسكنى^(٥) .

(١) قال عبد الحق : تبين في المرتدة : إما قال : ها اسكنى ، يعني : أنها ارتدت ولم ترفع الحكم حتى وضعت ، فيقتضي لها على زوجها فيما مضى بالسكنى ، فأما لو رفعت إلى الإمام لسجنها حتى تضع وأمر الزوج بالاتفاق ، ولا يقال في هذه إن لها السكنى .
النكت والفرق ل ٧٨/ب ، ٧٩/أ .

(٢) انظر : المدونة ٤٧٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

(٣) في تهذيب الطالب "أبو عمران" .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٧/أ .

(٥) انظر : المدونة ٤٧٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

ومن كتاب ابن المواز : وقيل : إن أسلم أحد الزوجين المجوسيين فلانفقة لها
وله السكنى^(١) .
قال أصبغ : وإن أسلمت ذمية تحت ذمي فلها النفقة ، لأن إسلامه في العدة
كالرجعة .
قال ابن المواز : ولانفقة لها كالمجوسية تسم تحت مجوسي . لأنه لارجعة به
حتى يسلم ، وهذا الصواب عندنا^(٢) .

[فصل ١٠ — في سكنى المستحاضة]

ومن المدونة : قال مالك : وللمستحاضة لسكنى في عدتها ، ولا ينقطع
ماوجب لها من السكنى كمطلقة ، أو متوفى عنها زوجها وبها رية حتى تزور
عنها الرية^(٣) .

(١) أي في العدة .

(٢) انظر : النوادر وإريادات ل ١/٣٥٠ .

(٣) انظر : المدونة ٤٧٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

[الباب الثالث عشر] جامع مسائل مختلفة من الاستبراء وأمهات الأولاد

قال مالك : ومن كانت له أمة يطؤها ولم تند منه فمات عنها ، أو بعدها فاستبرأؤها حيضة وإن كانت مستبرأة قبل ذلك ، لأنها خرجت من ملك إلى ملك ، وأما إن أعتقها فإنها تستبرأ بحيضة إلا أن يكون السيد استبرأها قبل ذلك فيجزئها ذلك .

- قال الشيخ : لأنها^(١) خرجت من ملك إلى حرية - وتنكح مكانها إن أحببت ، ويحل للزوج وطؤها حينئذ كما لو زوجها السيد وهي ملكة حل للزوج وطؤها مكانه ، ويجزؤها استبراء السيد ، ولا يجوز لسيد تزويجها حتى يستبرئها .
قال : ومو عتق أم ولده بعد لاستبراء ، أو مات عنها لم يجزها حتى تستأنف حيضة بعد عتقها ، بخلاف الأمة^(٢) .

وإن اشترى المكاتب زوجته بعد ن بناء ، فلم يطأها حتى مات ، أو عجز ، فرجعت إلى السيد فعدها حيضة ، قله مالك ، ثم رجع ، فقل : أحب إلي أن تكون حيضتين ، وبهذا أخذ بن لقسم : أن اسيد لا يطؤها إلا بعد حيضتين من يوم الشراء ، ولو وطئها المكاتب بعد اشراء نفسخت العدة وحلَّت بحيضة الاستبراء ، ولو مات المكاتب / أو عجز بعد ماضى لها عنده حيضتان من يوم [١/١٤٤] اشراء ، فصارت لأمة لسيدها م ينبغي لسيدته أن يطأها حتى تحيض حيضة وإن كان المكاتب قد قل : لم أطأها بعدها ، وإن هي خرجت حرة بعد حيضتين لم يكن للسيد وطؤها ، ونكحت مكانها ولا استبرأ عيها ، لأنها خرجت من ملك إلى حرية^(٣) .

(١) "لأنها" ليست في ' ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٤٧٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

(٣) انظر : المدونة ٤٨٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

قال مالك : ومن اشترى زوجته قبل لبناء وطئها بمك يمينه ولا استبراء^(١) .
 قال مالك : وإذا اشترى المأذون له في التجارة أمة بإذن سيده أو بغير إذنه فوطئها ، تم عتق وقد وددت منه أولاداً وهي حامل منه ، فهي تبع له كماله ، ولا تكون له أم ولو بما ولدت قبل عتقه ، ولا بما كانت به حاملاً حين عتق ، لأن ذلك الولد رقٌ للسيد^(٢) .
 قال ابن القاسم : إلا أن يملك المأذون حمها قبل أن تضعه بهية فتكون به أم ولد^(٣) .

قال مالك : ولو أن العبد حين أعتقه سيده أعتق هو جاريته وهي حامل منه لم أعجل لها ذلك ، وكانت حدودها حدود أمة حتى تضع فيرق الولد لسيد الأعلى ، وتعتق هي بالعتق الأول بغير إحداث عتق^(٤) .
 وسأل ابن كنانة مالكا عن مدبر اشترى أمة فوطئها فحملت ، ثم عجل السيد عتقه هل يتبعه ولده كماله؟

فقال : لا ، ولكن إذا وضعته كان مدبراً على حال ما كان عليه الأب قبل لعتق ، والجارية تبع للعبد ، لأنها ماله^(٥) .

قال ابن القاسم : و يختلف قول مالك هل تكون بهذا لولد أم ولد أم لا؟^(٦)
 وقد تقسم جميع مسألة المأذون له إلى آخر الكتاب في مهمات الأولاد^(٧) ، وهناك زيادة شرح فيها فاعلمه .

تم طلاق لسة والعدة بحمد الله وحسن عونه ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً أثيراً إلى يوم الدين

(١) انظر : المدونة ٢/ ٤٨٠ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

(٢) (٣)، (٤)، (٥) نظر : المدونة ٢/ ٤٨١ .

(٦) ثم قال سحنون : قال ابن القاسم : وبذي سمعت من مالك قال : تكون أم ولد إذ ولدت في التدبير أو في الكتابة . المصدر نفسه ٢/ ٤٨١ .

(٧) وهو الكتاب الذي قبل كتاب النكاح الأول حسب ترتيب نسختي أ ، ب .

[الكتاب الثامن] كتاب الأيمان بالطلاق

[الباب الأول]

**فيمَن أخبر بطلاق زوجته ، أو قال لها : أنت طالق إن فعلت كذا
أو شئت ، وتكرير الطلاق واليمين به**

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إن الله ينهكم أن تحفوا بأبائكم ،
فمن كان حالقاً فليحلف بالله أو ليصمت " ^(١) ، فمن عصى الله وحلف بالطلاق
فحث لزمه كمن صلق ، وقد قال الله سبحانه : ﴿ لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ
أَمْرًا ﴾ ^(٢) وهي الرجعة ، فجعلها نابتة كغير من وقع الطلاق اثنال في كلمة واحدة
ولزمه ذلك .

فصل [١ - فيمَن أخبر بطلاق زوجته]

قال ابن لقاسم : ومن طلق زوجته فقال له رجل : ماصنعت ؟ فقال : هي
طالق ، فإن نوى إخباره فنه نيته ^(٣) - يريد : ويحلف .

قال الشيخ : وحكي لنا عن بعض شيوخنا أنه قال : إنما يحلف إذا كان قد
تقدمت له فيها طلقة ، أو طلق بعد ذلك طقة ، لأنها ثلاث في الظاهر ، وعلى
دعواه طلقتان ، فلم يمكن من رجعتها إلا بيمينه ، فإن لم يحلف فلا سبيل له إليها فإن
طلسته بالنفقة / لزمته ، لإقراره أنها عني عصمته ، فينفق عليها مادامت في العدة إن [١٤٤] ب/

(١) أخرجه البحاري ، كتاب الأيمان والنذور ، باب لا تحفوا بأبائكم ٢٢١/٧ ، ومسلم ، كتاب

الأيمان ، باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى ١٢٦٦/٣ رقم (١٦٤٦) .

(٢) سررة الطلاق : آية ١ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١١ .

كان مقيماً على إقراره ، لأن يلتزم اثلاث أو يستأنف طقة اختياراً منه ، فتصير بائناً لانفقه لها عليه ، والله أعلم .

وفي كتاب ابن امواز فيمن لقي رجلاً فقل له : اشهد أن امرأتي طالق ، ثم لقي آخر فقل له ذلك ، وقال : أردت بذلك كسه طقة واحدة ، قال مالك : يحف ويدين ، وهذا بين أن اليمين عليه فاعلمه^(١) .

فصل [٢ - فيمن قال لزوجه : أنت طالق إن فعلت كذا]

ومن قال لزوجه : إن دخلت الدار ، أو أكلت ، أو شربت ، أو ركبت^(٢) أو قمت ، أو قعدت ، أو نحو هذا فأت طلق ، فهذه كلها يمان^(٣) .

قال الشيخ : يعني : إن أكلت أو شربت شيئاً بعينه ، أو قمت أو قعدت في وقت كذا^(٤) ، وأم إن لم يكن هذا فيعجل عليه الصلاق الآن ، إذ لا بد لها من الأكل والشرب والقيام والنعود .

قال مالك : وإذا قل لها : إذ حضت فأت طالق ، فزمه الطلاق مكانه ، وإن قال حامس : إذا وضعت فأت طلق ، طلقت لأن^(٥) .

قال أبو محمد : قال مالك : لأنه أجل أت في أكثر النساء^(٦) .

وقال أشهب : لا تطلق عبه^(٧) حتى تحيض أو تضع ، واختلف فيه قول مالك^(٨) .

(١) انظر : تهذيب الطنب ل ٤٣/ب .

(٢) "أو ركبت" ليست في ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١١ .

(٤) "كذا" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١١ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٠٣/ب .

(٧) "عليه" ليست في أ ، ب .

(٨) فروي عنه أنها تطلق بعد التمسك بالطلاق كما تقدم قريباً من قوله ، وروي عنه أنها لا تطلق حتى يكون ما شرط ، من الحيض أو الوضع . انظر : المصدر نفسه ل ٣٠٣/ب ، ٣٠٤/أ .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : أنه لما كان ذلك غالباً في أكثر لنساء حمل أمره عسى أنه أجلّ آتٍ لا بد منه ، لأن ذلك أصلهم ، كمنع المريض من أكثر من ثلث ماله إذا كان الغالب من مرضه لموت . وكذلك الاستئصال في النوم إذا كان الغالب منه خروج الحدث .

ووجه قول أشهب : اعتباراً بما يمكن أن يكون أو لا يكون ، كقوله : أنت صالق إذا دخلت الدار ، أو دخلتها فلانة ، أو إذا قدم زيد ونحوه ، فإنها لا تنطق حتى يكون ذلك .

[فصل ٣ — فيمن قال: إذا طهرت ، أو حضت فأنت طالق]

ومن المدونة : قال مالك : وإن قال لامرأته وهي حائض : إذا طهرت فأنت طالق ، طلقت الآن ، وجبر على الرجعة .

قال ابن القاسم : وإن قال له : إذا حضت ، أو إذا حاضت فلانة - وفلانة ممن تحيض - فأنت طالق ، طلقت الآن ، وتأخذ في العدة ، وتعتد بطهرها الذي هي فيه من عدتها ، فإن ارتابت بتأخير الحيض فاعتدت سنة ثم نكحها بعد العدة فحاضت عنده واليمين فيها لم تلزمه بذلك طلاقاً ثانياً ، لأنني عجلت حثته بذلك^(١) .

[فصل ٤ — فيمن قال : أنت طالق إذا شئت]

وإن قال له : أنت طالق إذا شئت ، أو إن شئت ، فذلك بيدها وإن افترق حتى توقف أو توطأ أو يتلذذ منها طائفة ، وكانت (إذا) عند مالك أشد من (إن)

(١) انظر : المدونة ٣/٤٠٤، ١٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٢ .

ثم ساوى بينهما^(١) . وروى قبله قبل القضاء كان تركاً لم يجعل لها^(٢) .

فصل [٥ - فيمن قال : إن كنت تبغضيني ، أو إن كنت تحبني فراقني فأنت طالق]

وإن قال لها : إن كنت تبغضيني فأنت طالق ، فقالت : لا أبغضك ، فلا يجبر على فراقها ولكن يؤمر به^(٣) ، وإن قال لها : إن كنت تحبني فراقني فأنت طالق ، فقالت : بي أحبه ، ثم قالت : كنت كدبة ، فيفارقها ولا يقيم عليها^(٤) .

فصل [٦ - فيمن قال : إن كلمت فلانا فأنت طالق]

وإن قال لها : إن كلمت فلانا فأنت طالق ، ثم قال لها ذلك ثانية في ذلك لرجل فهي إن حثت طليقتان حتى يريد واحدة ، ولو كان ذلك في يمين بالله فقل والله لأفعلن كذا ، ثم قال بعد ذلك : والله لأفعلن كذا ، لذلك الشيء بعينه . فحث لم يزمه إلا كفارة واحدة بخلاف لطلاق .

قال ابن القاسم : ألا ترى أنه لو قل : والله والله لأفعلن فلاناً ، فكلمته ، لم يزمه إلا كفارة واحدة ، وروى قال لها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق إن كلمت

(١) أي في الحكم المترتب على التلفظ بواحد منهما .

قال ابن القاسم : كان - أي مالك - يقول : هما مفروقان ، إذا قدم أبي ، أشد وأقوى عندي من قوله : إن قدم أبي ، ثم رجع فقال : هما سواء ، إذا ، وإن .
المدونة ٣/٣ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٣/٣٤٢ ، تهذيب المدونة ص ١١١ و ١١٢ .

(٣) قال ابن القاسم : لأنه لا يدري صدقته أم لا ، فأحسن ذلك أن لا يقيم على امرأة لا يدري كيف هي تحته أحلال أم حرام ، وهو قول مالك . المدونة ٤/٣ .

وفي هامش تهذيب المدونة : وإن قالت له : أنا أبغضك ، فرق بينهما بالقضاء .

(٤) انظر : المدونة ٤/٣٣٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٢ .

فلانا ، فكلمه طلقت عليه ثلاثاً ، لا أن ينوي واحدة ، ويريد بالبقية إسماعيل ، وأما
 إن قال لها : إن كنت فلاناً فأت طلق ، ثم حلف بمثل ذلك في رجل آخر
 فكلمها كانت طفتين ، ولا ينوي إلا أن يكون المحلوف عليه / رجلاً واحداً [١٤٥/٧]
 فينوي^(١) كما وصفنا^(٢) ، وبعد هذا باب في تكرير الطلاق^(٣) .

فصل [٧ — فيمن حلف بالطلاق على أن فلانا قال كذا وكذا]

قال مالك : ومن قال لرجل^(٤) : امرأتي طالق ، لقد قتت لي كذا وكذا ،
 فقال الآخر : امرأته طالق إن كنت قتته ، فيدّياً ويتركها إن ادعى يقيناً^(٥) .

فصل [٨ — فيمن قال : إن لم أطلقك فأنت طالق]

قال ابن القاسم : وإن قال لها : إن لم أطلقك فأنت طلق ، لزمه مكانه طلاقة
 إذ لا بد له من طلاق^(٦) .
 وقال غيره : لا يلزمه انطلاق إلا أن ترفعه إلى السلطان ويوقفه^(٧) .

فصل [٩ — فيمن حلف بالطلاق على ما لا يمكن فعله]

ومن قال لرجل : مررتي طالق لو كنت حاضرًا لشركت مع أحيى لفقات
 عينك مغفاته حانت ، لأنه حلف على شيء لا يبر فيه ولا في مثله^(٨) .

(١) 'فينوي' ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٢ .

(٣) وهو الباب الثالث من هذا الكتاب .

(٤) "لرجل" ليست في أ ، ب .

(٥)، (٦)، (٧) انظر : المدونة ٤/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٢ .

(٨) انظر : المدونة ٥/٣ .

ومن الواضحة : قال أصبغ فيمن حلف على أمرٍ قد سلف أن لو أدركه لفعس كذا : فهو حنث ، كان مما يمكنه فعله أو لا يمكنه ، مثل أن يحلف لغريمه : لو جئتني أمس لقضيتك حقلك ، فهو حنث ، لأنه غيبٌ لا يدري أكان فاعلاً أم لا ، وإنما يفترق ما يمكن وما لا يمكن في المستقبل ، فما كان يمكن فعه من قضاء دينٍ ، أو عطية مالٍ ، أو شق ثوبٍ ، أو ضربٍ وشبهه ، فلا شيء فيه حتى يفعل أو لا يفعل ، وما كان لا يمكن من شق جوفٍ ، أو فقاء عينٍ ، أو قتلٍ ، أو قطعٍ وشبهه فهو حنث مكانه ، وقاله ابن القاسم .

وقال ابن الماجشون : سواء حلف على أمرٍ سلف أو أمرٍ مستقبل ، فإن كان يمكن فعله فلا شيء عليه ، وإن كان غير ممكن فهو حنثٌ في الوجهين إلا أن تكون له نيةٌ في فعل غير ماسمٍ ، وقاله مالكٌ فيهما ، ألا ترى أن مالكاً قال في لذي حلف بالطلاق في شيءٍ كان^(١) بينه وبين رجل لو أدركه ابارحة لفعل كذا وكذا من أمه ، وأمّه ميتة ، وقال : إنما نويت أن أشجّه لو أدركته ، أو أصنع به شيئاً ، وقد عمت وفاة أمه ، فدينه مالكٌ ولم يُحنّثه .

قال ابن الماجشون : فهذا فيما سلف ، ولو لم تكن له نيةٌ فيما قد لفظ به مما لم يمكن فعله لحنّثه مالكٌ كما حنث لقائل : لو كنت حاضرٌ لشرك مع أخي لفقأت عينك^(٢) .

قال الشيخ : وهذا أشبه بظاهر المدونة ، ألا ترى قول مالكٍ وعنته في النساة لأنه حلف على شيءٍ لا يبر فيه ولا في مثله^(٣) .

(١) "كان" ليست في أ ، ب .

(٢) كما تقدم قريباً .

(٣) انظر : المدونة ٥/٣ .

[الباب الثاني]
فبمن طلق إلى أجل أو وقت
أو حلف به على عيب

[فصل ١ — في الطلاق إلى أجل]

وما أجمعوا على إبطال النكاح إلى أجل. وعجلوا الموحل من حل العدة وجب مثله في الطلاق الموحل أن يعجل إيقاعه ، وقاله عدد كثير من اصحابه والتابعين^(١) ، بخلاف العتق إلى أجل. إذ قد بقي له في المموكة الخدمة ، ولم يكن في الزوجة غير الاستمتاع الذي حرم عليه^(٢) .

قال ابن القاسم : فكل من طلق إلى أجل أتى لزمه لطلاق مكانه ، وأما من قال لامرأته : إذ قدم فلان ، أو إن قدم فلان فأنت طالق ، فلا يلزمه طلاق حتى يقدم فلان ، وليس هذا من الشك الذي يفرق به ، ولا هو أجل أتى على كل حال وإنما الشك الذي يفرق به لو قال رجل : امرأته طالق إن كلم فلاناً . ثم شك فلم يدر كلمه أم لا ، فهذا تطلق عليه ، إذ لعله في يمينه حاش وهو لا يوقن أنه فيها بار ، وكل يمين بالطلاق لا يعم صاحبها أنه فيها بار فهو فيها حاش ، وإن قال لها : أنت طالق بعد قدوم فلان بشهر ، طلقت عليه حين قدومه . ولا ينتظر به الأجل ، وإن قال لها : أنت طالق إذ مت أنا ، أو إذا مت أنت ، لم يلزمه شيء ، إذ لا تطلق ميتة ولا يوصي ميت بطلاق .

وإن قال لها : إن مات فلان فأنت طالق ، أو قال لها : أنت طالق قبل موته بشهر ، لزمه / الطلاق من ذلك كله مكانه^(٣) .

ب. ١٤٥]

(١) كسعيد بن المسيب والحسن البصري ، أخرجهما سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب من وقت للطلاق وقتاً ١٠/٢ رقم (١٨٠٣، ١٨٠١) .
 وقتادة والزهري ، أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق إلى أجل ٣٨٧/٦ رقم (١١٣١٦، ١١٣١٧) .

(٢) تهذيب الطالب ل ٤٣/١ ، وهو من قول أبي محمد .

(٣) انظر : المدونة ٤/٣ ٦ ، تهذيب المدونة ص ١١٢ .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم : ومن طبق مرأته إلى مئة سنة ، أو إلى مئتي سنة ، فلا شيء عليه ، وأره من قول مالك^(١) .
وقال ابن الماجشون في المجموعة : إذا طلقها إلى وقت لا يبلغه ، أو لا يبلغه عَمَرُ أحدهما لم يلزمه .

قال سحنون : وإذا اعتق عبداً إلى وقت لا يبلغه أو لا يبلغه العبد لم يلزمه ، وإن كان يبلغ مثله العبد ولا يبلغه السيد فهي وصية من الثلث ، وإن كان إلى وقت يشبه أن يبلغه عمر أحدهما فهو من رأس المال^(٢) .

وإذا قال : إذا ماتت ابنتك فأنت طلق ، ثم ماتت مكانه عند تمام كلامه قبل القضاء عليه من غير مرض لم يتورث ، لأن لطلاق وقع عليه عند تمام كلامه ، وقاله ابن عبد الحكم .

ولو قال : يوم أموت فأنت صالق ، فهو مطلق إلى أجل .

- قال الشيخ : إذ قد يموت آخر النهار فيقع الطلاق عليها أول النهار .

قال عيسى : وكذلك لو قال : يوم تموتي أنت ، وقال أشهب : لا شيء عليه . قال أشهب في المجموعة : وكذلك قس موتي بشهر ،^(٣) وهو أصله في المعتق إلى مثل هذا أنه من الثلث لأنه لا يكشفه إلا الموت^(٤) .

ابن المواز : وقال ابن القاسم وابن وهب : وإن قال : إن متُّ إلى خمسة أشهر فأنت طالق . فلا شيء عليه . كأنه قال : إن متُّ أن إليها فأنت طالق بعدها ، وإن قال قوله يريد : لأموت فيها ، طلقت مكانها .

سحنون : وإن قال لها : أنت طالق إذا صليت أنا ، أو إذا صليت أنت ، طلقت عليه الساعة ، لأنه أجلٌ أنت ، ولا بد من الصلاة .

(١) الذي في العتبية : إن قال لامرأته : أنت طالق إلى ألف سنة ، أو خمسة سنة ، وقال ابن القاسم : ونما بطلاق في الأجل الذي يطلق به عليه ساعتك كل أجل كان يبلغه أعمار الناس . البيان والتحصيل ٢٢٣/٦ .

(٢) تهذيب الطالب ل ٤٣ ب .

(٣) ساقط من أ .

(٤) المصدر نفسه ل ٤٣ ب .

قال محمد بن عبد الحكم فيمن قال : أنت طالق اليوم إن كلمت فلاناً اليوم ، أو : أنت طالق اليوم إن كلمت فلاناً غداً ، قال : إن كلمه اليوم طلقت عليه بوحدته ، وإن كلمه غداً فلا شيء عليه .

قال أبو محمد : هذا خلاف أصل قول مالك ، والطلاق يلزمه إذا كلمه غداً وليس لتعلق الطلاق بالأيام وجه^(١) .

ابن حبيب : قال ابن الماجشون : إذا قال لزوجته ولم تحض : إذا حضت فأنت طالق . طلقت عليه الآن ، ولو كانت قد قعدت عن الحيض لم تطلق عليه إلا أن تحيض .

أبو محمد : ويقول النساء : إنه دم حيض^(٢) .

[فصل ٢ — فيمن قال : أنت طالق كلما حضت]

ومن المدونة : وإن قال له : أنت طالق كم حضت ، طلقت عليه الآن ثلاثاً^(٣) .

وقال سحنون : إذا قال له ذلك وهي طاهرٌ لزمته طلقتان .
ووجه قول سحنون هذا : كأنه قال لها : إذ حضت حيضةً فأنت طالق ، وإذا حضت لثانية فأنت طالق ، وإذا حضت الثالثة فأنت طالق ، فهي إذا حاضت الثالثة بانت منه ، فكأنه أوقع الثالثة بعد أن بانت منه . فلا يلزمه ، ونحو هذا التعليل لسحنون^(٤) .

قال الشيخ : ووجه قول ابن القاسم : كأنه قصد إلى تكثير الطلاق كمن قال : أنت طالق مئة مرة^(٥) .

(١)، (٢) المصدر نفسه ٤٣/ب ، ٤٤/أ .

(٣) انظر : المدونة ٦/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٢ .

(٤)، (٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٤/أ .

[فصل ٣ — فيمن قال : أنت طالق كلما جاء يوم أو شهر أو سنة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق كلما جاء يوم ، أو شهر ، أو سنة ، طلقت عليه الآن ثلاثاً ، ولم تُعد عليه اليمين إن نكحها بعد زوج ، لأن الملك الذي طلق فيه قد ذهب .

وإن قال لأجنبية : أنت طالق غداً ، فتزوجها قبل غدٍ فلا شيء عليه إلا أن ينوي إن^(١) تزوجتك فتطلق عليه إذ تزوجها مكانه^(٢) .

قال سحنون : بعضها صواب وبعضها خطأ .

قال الشيخ : قال أبو عمران : إنما الصواب^(٣) قوله : كلما جاء يوم ، وأما كلما جاء شهر ، أو سنة ، فمذهبه في ذلك : أن تطلق اساعة طلاقة ، ثم يُنظر هل تذهب عدتها في الشهر ، أو في السنة ، فإن ذهبت لم يقع عليها طلاق ، كما قال في قوله : أنت طالق كلما حضت^(٤) .

فصل / [٤ — فيمن قال : إذا حملت فأنت طالق]

[١/١٤٦]

قال ابن القاسم : ومن قال بزوجته : إذا حملت فأنت طالق ، لم يُنفع من وطئها ، فإذا وطئها مرةً طلقت عليه حينئذٍ ، ولو كان قد وطئها في ذلك انطهر قبل مقالته طلقت عليه مكانه ، وتصير بعد وطئه أول مرة كالتى قال لها زوجها : إن كنت حاملاً فأنت طالق ، وقد قال مالك في مثل هذا : هي طالق ، لأنه لا يدري أحامل هي أم لا^(٥) .

(١) "إن" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٧٤٦/٣ ، تهذيب المسونة ص ١١٢ .

(٣) أي في قول ابن القاسم المتقدم .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ١/٤٤ .

(٥) نظر : للمدونة ٥/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٢ .

وقال ابن الماجشون في المسألة الأولى^(١) : له وطؤها في كل طهر مرة ، مثل لعنق^(٢) .

وقال أشهب : لاشئ عليه حتى يكون ما شرط^(٣) .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : فلأنه إذا وطئها صار من حملها في حان اشك لا يدري أحملت فيجب عليه الطلاق ، أو لم تحمل فلا يجب عليه ، وكس من حنث أم لا فهو حائث .

ووجه قول أشهب : أن من أصله أنه لا يطلق إلا على من طلق إلى أجل آتٍ لا بد منه ، وأما ما يمكن أن يكون أو لا يكون فلا يلزم به طلاق ، ولانقل : حكم هذا أصبهم ، وكما لو قد لحامل : إذا وضعت فأنت صلقٌ عنده ، وكقوله : إذا قدم فلان فأنت طلق ، فلا تطلق عليه^(٤) إجماعاً منهم .

ووجه قول ابن الماجشون : أن ليس من كل وطء يكون الحمل ، فوجب أن لا تطلق عليه حتى يُختبر أمر هذا الوطء ويمسك عن وطئها ، إذ لا يدري هل حملت منه فيحتمل أم لا ، قياساً على الأمة إذا قال لها : إذا حملت فأنت حرة .

والفرق عند ابن لقاسم بين الأمة والحرة أنهم أجمعوا أنه لا يجوز الطلاق إلى أجل ، ويجوز العتق إلى أجل ، هذا مذهب مالك وأصحابه^(٥) .

ومن المجموعة : قال أشهب : وإن قال لها : وإن لم أُحملك فأنت طالق ، أنه يطؤها أبداً حتى تقعد عن الحمل . ويؤيس لها منه . وكذلك إن قال في أمته : إن لم أُحملك فأنت حرة^(٦) .

(١) وهي إن قال لها : إذ حملت فأنت طالق .

(٢) ، (٣) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٠٣/ب .

(٤) "عليه" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٣/١٥٥ ، التفريع ٢/٢٧ .

(٦) النوادر والزيادات ل ٣٠٤/ب .

[فصل ٥ — فيمن قال : إذا حملت فوضعت فأنت طالق]

ومن المدونة : قال بن القاسم : وإن قال لها وهي غير حامل : إذا حملت فوضعت فأنت طالق ، فإن كان وطئها في ذلك الطهر طلقت عليه مكانها ، ولا ينتظر بها أن تضع . ولأن تحمل ، وقد قال مالك : لا تحبس ألف امرأة لامرأة واحدة يكون أمرها في الحمل غير أمرهن^(١) .

ومن المجموعة : قال سحنون : إذا قال لحامل : إذا حملت فأنت طالق ، فلا تنطق بهذا الحمل إلا بحمل مؤتلف^(٢) .

[فصل ٦ — فيمن قال : إن لم يكن بك حمل أو إذا وضعت فأنت طالق]

ومن المدونة : وإن قال له : إن لم يكن بك حمل ، أو : إذا وضعت فأنت طالق ، طلقت مكانها ، ولا ينتظر بها^(٣) حتى يعلم أحامل هي أم لا ، إذ لو ماتت قبل أن يتبين^(٤) ذلك لم يرثها .

وأخبرني ابن دينار : أن مالكاً قال في رجل قال لزوجته وهي حامل : قد أكثرت علي من ولادة الجوارى . إن لم يكن في بطنك غلام فأنت طالق ، أنها تطلق عليه الساعة ، ولا ينتظر بها أن تضع ، فإن ولدت علماً لم ترد إليه ، وهذا عند مالك كقوله : إن لم تمطر السماء في وقت كذا فأنت طالق البتة ، قال مالك : فإنها تنطق عليه الساعة ، لأن هذا من لغيب ، ولا ينتظر به في ذلك الوقت لينظر أيكون فيه المطر أم لا ، ولو مطر في ذلك الوقت لم ترد إليه .

(١) انظر : المدونة ٦/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٢ .

(٢) النوادر والريادات ل ٢/٣٠٤ .

(٣) "بها" ليست في أ ، ب .

(٤) في زيادة "قبل" .

قال مالك : وأما إن قال لها : إن لم يقدم أبي في وقت كذا فأنت طالق ،
فبخلاف ذلك ، إذ قد يدعي عدم قدومه بالخبر يأتيه ، أو غيره ، وليس هذا كمن
حلف على غيب^(١) .

قال ابن حبيب : من قال لحامل : إذا وضعت جارية ، أو إذا مطرت السماء
غدًا فأنت طالق ، فلا شيء عليه حتى يكون ذلك ، بخلاف قوله : إن لم تلد جارية ،
أو لم تمطر السماء غدًا ، أو إن^(٢) لم تحض غدًا ، أو شبه ذلك فهذا يعجل حنثه ،
فإن لم يرفع ذلك إلى الإمام حتى ولدت ، أو كان المطر فلا شيء عليه ، وأما إذا^(٣)
قال : أنت طالق^(٤) إذا مطرت السماء ، أو إذا خسفت الشمس فإنها تطلق عليه [١٤٦/ب
الساعة ، لأنه أجل آتٍ لا محالة ، وقاله ابن الماجشون وأصيب^(٥) .

(١) انظر : لمدينة ٧/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٢ .

(٢) "إد" ليست في أ .

(٣) "إذا" ليست في أ ، ب .

(٤) "أنت طالق" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٠٤/أ ، تهذيب المطالب ل ٤٤/أ .

[الباب الثالث]
باب آخر من اليمين بالطلاق
وتكرير الطلاق فيه
وعودته في ملك ثان

[فصل ١ - فيمن قال : إن لم أفعل كذا فأنت طالق]

قال ابن القاسم : ومن قال لامرئته : إن لم أدخل هذه الدار ، أو أفعل كذا فأنت طالق ، لم يقع عليها الطلاق حين تكلم بذلك ، ولكن يمنع من وطئها حتى يفعل ما حلف عليه ، وإن رفعته امرأته ضرب له من يوم ترفعه أجل لمولي . ولا ينظر إلى ماضى قبل ذلك من لشهور ، وإنه يضرب له لأجل من يوم حلف ، لو حلف يمين من الأيمان أن لا يطؤها فلا يحتاج في هذا إلى رفعه إلى الإمام . لأنه لو وطئ قبل أن ترفعه زال إيلاؤه وبر ، والأول لو وطئ قبل أن ترفعه لم يسقط عنه اليمين التي عليه إذا لم يفعلها^(١) .

قال الشيخ : حكى عن أبي محمد وغيره : إذا حلف بالطلاق إن لم يفعل كذا، وقِفَ عن وطء زوجته حتى يفعل ، فتعدى فوطئ ، ثم فعل ما حلف عليه ، أنه لا يزمه استبرأؤها من ذلك الوطء ، لأن الوقف هاهنا ضعيف^(٢) .

وبعض العلماء يقولون : إن له أن يطأها حتى يفعل ، ولا يحال بينه وبينه ، وهي بخلاف من وطئ في لطلاق الرجعي^(٣) .

قال ربيعة ويحيى بن سعيد : إن وطئ في الطلاق الرجعي ولم^(٤) ينو بوضعه الرجعة ، فهذا لا يطأ حتى يستبرئ ، لأنه طلق والحالف لم يطق^(٥) .

(١) انظر : المدونة ٨/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٢ .

(٢) ، (٣) انظر : تهذيب الطلب ل ٤٣/١ .

(٤) في زيادة "إن" .

(٥) المصدر نفسه ل ٤٣/١ ، بدون ذكر ربيعة ويحيى بن سعيد .

فصل [٢ - في تكرير الطلاق]

وإن قال لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ، ثم قال : كس امرأة أتزوجها من بلد كذا - لبيدها - فهي طالق ، أو قال لها بعد ذلك والنساء معها : إن تزوجتك فأنت طالق ، فإن نكحها لزمته طلقتان ولا يُنَوَّى .

وإن قال لأجنبية : إن تزوجتك ، أو : يوم أتزوجك فأنت طالق طالق طالق ، أو قال لها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق إن تزوجتك ، وقدم ذكر الطلاق قبل التزويج فهي ثلاث إن تزوجها ، إلا أن يريد واحدة فيُدَيِّن .

قلت : فإن قال لامرأته : أنت طالق ، وأنت طالق ، وأنت طالق ؟

قال : وقف فيها مالك ، وقال : في النسق بالواو إشكال^(١) .

قال ابن لقاسم : رأيته يريد بقوله : إنها ثلاث تطليقات ، ولا يُنَوَّى ، وهو

رعي^(٢) .

قال مالك : وأما إن قال لها : أنت طالق ، ثم أنت طالق ، ثم أنت طالق ، فهذه بيئة أنه لا يُنَوَّى ، وهي ثلاث ألبتة ، ولا يُنَوَّى ، وكذلك إن قال ذلك لأجنبية وقال معه : إن تزوجتك ، والواحدة تُبَيِّنُ غير المدخول بها ، والثلاث تحرمها إلا بعد زوج^(٣) ، وقاله جماعة من الصحابة^(٤) والتابعين^(٥) .

(١) ، (٢) انظر : المدونة ٩/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٢ .

(٣) انظر : المدونة ١٠/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٢ .

(٤) وهم عبي بن أبي طالب وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة رضي الله عنهم أجمعين .

أخرجها ابن أبي شيبة ، كذب طلاق ، باب في الرجل يتزوج المرأة ثم يطلقها ٦٨/٤ رقم (١٧٨٤٦-١٧٨٥٤) .

(٥) وهم إبراهيم النخعي ولثعبي ومكحول وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وحديد بن عبد الرحمن .

أخرجها ابن أبي شيبة أيضاً ، كتاب الطلاق ، باب في الرجل يتزوج المرأة ثم يطلقها ٦٩/٤ رقم (١٧٨٥٦-١٧٨٦٢) .

قال ربيعة : ومن قال لامرأته قبل البناء : أنت طالق ، أنت صائق ، أنت طالق ، كلاماً نسباً فهي ثلاث ولا يُنَوَّى^(١) ولا تحل له إلا بعد زوج^(٢) .

فصل [٣ - في عودة ما حلف به على المرأة في ملك ثان]

قال ابن القاسم : ومن قال لزوجته : إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ، فم تأكل منه شيئاً حتى طلقها واحدة ، فبانت منه وتزوجت غيره فأكلت بعضه لم يحث بذلك ، فإن طلق فتزوجها الحالف فأكلت بقيته ، أو بعضه وهي في عصمته حث ما بقي من طلاق ذلك الماك الذي عقد فيه اليمين شيء ، فإذا تم رجعت عنده على ملكٍ مُتَدٍّ ، ولم يحث بما أكلت عنده في الملك الثاني ، لأن اسك الأول لما ذهب طلاقه صار بمنزلة من لا يمين عليه - يريد : ولو أكلت عنده في العصمة الأولى بعض الرغيف لم يعد عليه حث إن أكلت منه في الملك الثاني ، لأنه حث مرة ، وكل يمين حث فيها مرة بطلاق فلا تعود إليه في التي حث فيها إن نكحها . /

[١٤٧/]

وإن قال لها : أنت طالق إن دخلت لدار ، فصالحها ، فدخلتها بعد الصلح في غير مكانه لم يلزمه شيء إن نكحها^(٣) .

قال مالك . وإن قل لها : أنت طالق ثلاثاً إن دخلت هذه لدار ، فصلقها ثلاثاً ، ثم تزوجها بعد زوج ، ثم دخلتها فلا شيء عليه^(٤) .

قال الشيخ : لأنه إنما كان حث بطلاق ذلك الملك الذي طبقها فيه ثلاثاً ، فقد ذهب الطلاق الذي حلف به ، ولا يحث بطلاق قد ذهب ، ولو كان بما طلقها واحدة أو اثنتين لحث بدخولها الآن ، لما بقي طلاق ذلك الملك ، تزوجها قبل زوج أو بعد زوج ، ثم لا تحل له إلا بعد زوج ، ولا يحث بدخولها في ملك غيره ، وكذلك أكها للرغيف في ملك غيره .

(١) "ولا يُنَوَّى" ليست في أ . ب .

(٢) انظر : المدونة ١٠/٣ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٤/٣ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ١٠/٣ .

وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين^(١) : من طلق دون الثلاث ، ثم ارتجع بنكاح ، أنها تكون عنده على بقية طلاق الملك الأول ، ولو كان لطلاق ثلاثاً رجعت على طلاق مبتدأ^(٢) .

وإن قال لعبده : أنت حر إن كلمت فلاناً ، فباعه هو ، أو باعه عليه السلطان في فلس ، ثم كلمه ، ثم اشتراه ، أو وهب له ، أو تصدق به عليه ، ثم كلمه حنث بكلامه الآن لا بكلامه وهو في غير ملكه ، وإن ورثه ، أو ابتاعه من ميراث أبيه وهو قدر مورثه فأقل ، ثم كلمه لم يحنث ، وشتراؤه إياه بمنزلة مقاسمته إخوته ، وإن بان أكثر من مورثه حنث^(٣) .

قال سحنون : هذه المسألة ضعيفة جداً ، ورأى أشهب : أن يبيع السلطان له في الفلس يزيل التهمة كالميراث ، ولا تعود بعده اليمين عليه^(٤) .
وقد تقدمت هذه المسألة في كتاب العتق .

ومن الخلع^(٥) : وإن حلف بطلاق ثلاثاً إن لم أقض فلاناً حقه إلى يوم كذا فلما قرب الأجل وخاف الحنث طلقها واحدة ، فانقضت العدة قبل ذلك الأجل ، أو صالحها قبل ذلك الأجل ، ثم نكحها بعد الأجل ، في الوجهين لم تعد عليه اليمين وإن لم يقض فلاناً حقه ، وكره به مالك أن يفعل هذا هرباً من الحنث ، فإن فعل فلا شيء عليه^{(٦)(٧)} .

(١) وهم على بن أبي طالب ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وأبي بن كعب وعبد الله بن عمر وأبو ندرء .

أحرجها بن أبي شيبة ، كتاب الصلح ، باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته تطليقتين أو تطليقة فتزوج ثم ترجع إليه على كم نكون عنده ؟ ١١٧/٤ رقم (١٨٣٧٧، ١٨٣٧٦، ١٨٣٧٤) .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة أيضاً ، كتاب الصلح ، باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته الخ ١١٦/٤ رقم (١٨٣٧١) .

(٣) انظر : المدونة ١٥٦/٣ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ١٥٧/٣ .

(٥) أي في المدونة .

(٦) أي لا يحنث ولا يقع عليه انطلاق .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٣٥٥/٢ .

ومن الأيمان بالطلاق : ان القاسم : وإن قال لها : أنت طالق يوم أدخل در فلان ، فدخلها ليلاً ، أو حلف على ليس فدخنها نهاراً حنث ، إلا أن ينوي نهاراً دون ليس ، أو ليلاً^(١) دون نهار ، فينوي .

وقد ذكر الله عز وجل الليالي بدلاً من الأيام فقال تعالى : ﴿وَلَيَالٍ عَشْرٍ﴾^(٢) وإن قال لها : أنت طالق إن دخت دار فلان ، ودار فلان ، فدخت إحداهما حنث ، ثم^(٣) إن دخت الثانية لم تطلق ثانية^(٤) .

وفي الباب الأول^(٥) : مسألة من قال لزوجته : إذا طهرت فأنت طالق ، أنها تطلق الآن ويجبر على الرجعة^(٦) .

(١) في أ ، ب زيادة "من" .

(٢) سورة الفجر : آية ٢ .

(٣) "ثم" ليست في أ .

(٤) لأنه قد حنث في يمينه التي حلف بها فلا يقع عليه شيء بعد ذلك .

انظر : المصدر نفسه ١٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٣ .

(٥) أي من هذا الكتاب ، انظر ص ٦٥٧ .

(٦) انظر : المدونة ١٢/٣ .

[الباب الرابع] في الشك والمجهول في الطلاق

وقد أمر الرسول عليه لصلاة وإسلام الشاك في صلاته أن يبيّن على يقينه^(١) فكذا يجب على كل شك الانتقال إلى حال يرتفع فيه شكه ، والطلاق أحق ما احتيط فيه ، إذ روي : "أَنْ هَزَلَهُ يَحْدُ"^(٢) .

وقد قال ابن عمر وغيره : يُفَرَّقُ بالشك ولا يُجْمَعُ به^(٣) .
قال مالك : ومن لم يدرك كم طلق ، أو واحدة ، أو اثنتين ، أو ثلاثاً فهي ثلاث^(٤) .

قال ابن القاسم : فإن ذكر في اعدة أنها أقل فله الرجعة ، وإن ذكر بعد العدة كان خاطباً ، ويصدق في ذلك ، وإن بقي على شكه حتى تزوجها بعد زوج ثم صقها واحدة لم تحل له إلا بعد زوج ، لأنه لا يدري لعن طلاقه أولاً إنما كان طلقين ، ثم طلق أخرى فصارت ثلاثاً ، فلاتحل له إلا بعد / زوج ، فإن تزوجها أيضاً بعد زوج ثم طلقها أيضاً طلقاً^(٥) لم تحل له أيضاً إلا بعد زوج ، لأنه لا يدري لعن طلاقه أولاً كان طلقاً ، وصق أخرى وهذه الثالثة ، فلاتحل له إلا بعد زوج ، فإن تزوجها أيضاً بعد زوج . ثم صق واحدة لم تحل له أيضاً إلا بعد زوج . إذ قد

(١) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدرك كم صلى ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم" الحديث .
أخرجه مسلم ، كتب المساجد ومواضع الصلاة ، باب السهو في الصلاة والسجود له ٤٠٠/١ رقم (٥٧١) .

(٢) يشير إلى حديث "ثلاثٌ جُدُّهُنَّ وَهَزَلُنَّ يَحْدُ" .

وقد سبق تخريجه ص ١٢٣ .

(٣) اثر ابن عمر أخرجه في المدونة ١٧٤/٣ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٣/١ .

(٥) نظر : المدونة ١٣/٣ .

(٦) في أ "طلقتين" .

يمكن أن يكون الطلاق الأول ثلاثاً فرجعت عنه في النكاح الثاني على منك مبتدأ ثم طلق ثلاثاً مفترقات ، فلا تحس له إلا بعد زوج ، وكذلك يصنع بعد خامسٍ وسادسٍ ومئة زوج ، إلا أن يبت طلاقها وهي تحته في أي نكاح كان ، فتعود إن رجعت إليه على نكاح مبتدأ يقيناً^(١) .
وقاله ابن نافع في غير المدونة^(٢) .

وروي عن مالك : أنه إن نكحها بعد ثلاثة أزواج زال شك فيها ، وقوله أشهب وأصيح^(٣) .
وقال ابن وهب : إذا طلقها ثلاثاً وإن كن مفترقات فإنها ترجع على منك مبتدأ .

قال الشيخ : فوجه قول أشهب : أنه لا يخوأن يكون الطلاق الأول طليقة ، أو طليقتين ، أو ثلاثاً ، فإن كان ثلاثاً فقد تزوجها بعد زوج ، وإن كن اثنتين فقد طلقها بعد أن تزوجها بعد زوج طليقة فصارت ثلاثاً ، ثم تزوجها بعد زوج ، وإن كانت واحدة فقد طلقها بعد الزوج الأول واحدة وبعد الزوج الثاني ثانية ، وطليقة الشك الأولى ثلثة ، فوجب أن يزول الشك بعد ثلاثة أزواج ، والله أعلم .
ووجه قول ابن وهب : أنه إذا طلقها ثلاثاً مفترقات يقيناً فقد زال الشك كما لو طلقها الثلاث^(٤) في كلمة .

ومن المدونة : ومن لم يدرى حلف ، بطلاق ، أو عتق ، أو مشي ، أو صدقة ، فليطلق نساءه ، ويعتق رقبة ، ويتصدق بثلث ماله ويمشي إلى مكة ، يؤمر بذلك كله ولا يجبر من غير قضاء ، وكذلك إن حلف بطلاق قسم يدرى أحث أم لا ، أمر بالفراق^(٥) .

وقيل : يقضى عليه ، في غير المدونة^(٦) .

(١) انظر : المصدر نفسه ١٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٣ .

(٢) ، (٣) انظر : النوادر والزيادات ل ٣١٥/أ .

(٤) في أ الثاني .

(٥) انظر : المسونة ١٣، ١٢/٣ ، تهذيب المسونة ص ١١٣ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٣١٥/أ .

قال الشيخ : ذكر عن أبي عمران : أن ذلك يؤخذ من المدونة :
قال في لذي حلف بطلاق زوجته : إن كَلَّمَ فلاناً ، ثم شك بعد ذلك ، فسم
يدر أكسمة أم لا . أن زوجته تطلق عليه^(١) ، فظاهر هذا أنه على الجبر .
وذكر في غير هذا الكتاب : أنه يؤمر ولا يجبر^(٢) .

قال أبو عمران : وأما مسألة من شك فلم يدر كم طلق ، فهنا يستحسن
القضاء ، لأن هذا شاك في بقاء عصمته عليها - يريد لأنه أيقن بالطلاق وإنما شك
في العدد ، فهو أشد ممن لا يدري هل وقع عليه طلاق أم لم يقع^(٣) .

وقال بعض القرويين في مسألة اذي لم يدر كم طلق ، أثلاثاً أو أقل : ليس
يقار ههنا إنها ثلاث بالحكم ، لأنه لو حكم عليه بالثلاث مانعه أن يذكر في
العدة أنه إنما كان طلق أقل من الثلاث فيكون أملك بها^(٤) .

قال ابن القاسم في المدونة : وإن كان ذا وسوسة^(٥) في هذا فلا شيء عليه^(٦) .
قال ابن حبيب : وإن قال : لأدري أحلفت فحنت ، أو لم أحلف ولم
أحنت فلا شيء عليه^(٧) .

ابن المواز : قال مالك فيمن قال لامرأته : أنت طالق ، فقبل له : مانويت؟
فقال : لأدري ، فهي البتة .

قال ابن المواز : لأنه لم يقل : م أنو شيئاً ، وإنما قال : لأدري مانويت ،
فكانه نوى شيئاً فنسيه^(٨) .

(١) لأنه لما شك في عينه شيء حلف بها فلا يدري لعه في يمينه حدث ، فمما وقع الشك طُفقت عليه
مرأته . انظر : للمدونة ٥/٣ .

(٢) أي بالقضاء ، وإنما يؤمر بفراقها احتياحاً . انظر : النواذر والزيادات ل ٣١٤/ب .
(٣)، (٤) تهذيب الطالب ل ٤٤/أ .

(٥) أي من حلف بطلاق امرأته ثم لا يدري أحنت أم لم يحنت .

(٦) انظر : المدونة ١٤/٣ ، تهذيب السنة ص ١١٣ .

(٧) انظر : النواذر والزيادات ل ٣١٤/ب .

(٨) المصدر نفسه ل ٣١٥/ب .

قال الشيخ : وقيل عن أبي عمران في الذي يقول : جميع^(١) الأيمان تزميني ، قال : تزمه جميع الأيمان من الطلاق والعتق وغير ذلك .

ف قيل له : ما يلزمه من الطلاق ؟

فقال : هي مسألة متنازع فيها ، والذي أرى أن الواحدة عيه بلا شك ، ويستحب له أن يلزم نفسه لثلاث .

ف قيل له : من الأيمان خلية وبرية ونحوه ؟

فقال : هذا مالا غاية له ، ويلزمه أيضاً : كلما تزوجتك فأنت طلق^(٢) .

قال بعض فقهاءنا : وقال أبو بكر بن عبد الرحمن القروي : تطلق عليه / [١٤٨] زوجته بالثلاث عدي ، لأن الحلية والبرية والحرام وغير ذلك مما تحرم به الزوجة ، فدخل تحت يمينه لقوله^(٣) : جميع الأيمان تزميني ، وأنكر ما ذهب إليه غيره من أنه تلزمه طلاقة .

واستحسن بعض فقهاءنا قول أبي عمران^(٤) قال : ولا يكون أسراً حلاً ممن حلف بالطلاق قصداً إليه ، ولانية له أنه إنما يلزمه المباح من الطلاق ، وهو واحدة^(٥) .

قال الشيخ : فظهر لي أن قول أبي بكر بن عبد الرحمن أقوى ، لأن الذي يقول : جميع الأيمان تزميني ، إنما قصد لتشديد ، فيجب أن يلزم ذلك ، وإذا أكثر عادت الدس لأيمان بالثلاث في وقتنا ، لأن أكثرها إنما يقع على الجهر ، فيجب أن يلزم ذلك ، ولأن الحلية والبرية تدخل تحت ذلك ، وليس كمن قال : أنت صالتي . لأن هذا قد خصّ جنساً من الصلّاق ، والذي قال : جميع الأيمان ، قد جمع الأيمان ، ومن الأيمان الطلاق واحدة ، والطلاق ثلاثاً ، والحلية والبرية وأبنة فكيف يقصره على أقلها مع ما بينا أن الثلاث أكثر إيمان أهل وقتنا ، وأن الذي يقول : جميع لأيمان ، إنما قصد التغليب سفهاً منه ، والله أعلم .

(١) "جميع" ليست في أ ، ب .

(٢) تهذيب الطالب ل ٤٤ / أ ، ب .

(٣) في أ "كقوله" ، وهو تحريف .

(٤) وهو أنه لا تلزمه إلا طلاقة .

(٥) المصدر نفسه ل ٤٤ / ب .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لزوجته : أنت طالقُ إن كنتِ دختِ الدار ، فقالت : قد دختها ، فكذبها ، ثم قالت : كنت كاذبةً ، أو : لم تقل ، فإنه يؤمر بفراقها ولا يقضى عليه به ، ولو صدقها أولاً لزمه الفرق بالقضاء وإن رجعت عن قرارها .

وقال مالك في من سأل زوجته عن شيء فقالت لها : إن لم تصدقيني ، أو إن كنتيني فأنت طالقُ البتة ، فأخبرته ، فليفرقها ولا يقيم عليها . وما يدريه أصدقته أم لا ، وقاله الليث^(١) .

وإن قال لها : إن كنت نجسين فراقني فأنت طالقُ ثلاثاً ، فقالت : بني أحبه ، ثم قالت : كنت كاذبةً ، أو لاعبةً ، فليفرقها ولا يقيم عليها ، فإن قال لها : إن كنت تبغضيني فأنت طالقُ ، فقالت : لا أبغضك ، فلا يجبر على فرقها ولكن يؤمر به^{(٢) (٣)} .

(١) نظر : المدونة ١٤/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٣ .

(٢) وقد تقدمت هذه المسألة في الباب الأول ، انظر ص ٦٥٨ .

(٣) انظر : المدونة ٤٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٢ .

[الباب الخامس]

في تبعية الطلاق ، ومن طلق عضواً من امرأته
أو قال : إحدى نسائي طالق ، أو طلقتك قبل أن أتزوجك
أو أنا صبي ، أو مجنون ، أو طلق بالعجمية

[فصل ١ — في تبعية الطلاق]

ولما لم تنقسم الطلقة الواحدة لزم من طلق بعض طقة جميع الطلقة كما لم
تنقسم الحيضة في الأمة فاعتدت لحيضتين^(١) .

قال ابن القاسم : ومن طلق بعض طقة لزمه طلقة كاملة^(٢) .

قال ابن شهاب : ويوجع ضرباً من قال ذلك وهو أمك بها^(٣) .

قل ربيعة : وإن قال ها : أنت طالق طقة ونصفاً ، لزمه طلقتان ، وإن قال
لها : طلقتين ونصفاً فهي ثلاث^(٤) .

قال ابن القاسم : ومن قال لأربع نسوة له : يئسكن طلقةً ، ي أربع ، طلقن
واحدةً واحدةً ، وإن قال : خمس إلى ثمن ، طلقن اثنتين اثنتين ، وإن قل : تسع إلى
مدفوق ، طلقن ثلاثاً ثلاثاً^(٥) .

[فصل ٢ — فيمن طلق عضواً من امرأته]

ومن قال لامرأته : يدك ، أو رجلك ، أو أصبعك طالق ، طقت كلها ،
وكذلك العتق^(٦) .

(١) تهذيب الطالب ل ٤٤ ب .

(٢) (٢)، (٣)، (٤)، (٥)، (٦) اطر : المدونة ١٥/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٣ .

قال الشيخ : لأنه إذا اجتمع الحظر والإباحة في شخصٍ عُلبَ حكم الحظر على الإباحة^(١) كالأمة بين لشرعيين ، وألغى بعضها ، وشاة يذبها الجوسي والمسلم .

قال سحنون في كتاب بنه : ولو قال لها : شعرك طالق ، أو حرام ، فلا شيء عليه ، ولو قل لعبد : شعرك حر ، لم يزمه عتق ، وليس الشعر / بشيء . [١٤٨] ب
قلت : قال بعض أصحابنا : تحرم إذا حرم شعرها ، لأنه من محاسنها ومن خلقها حتى يزايها .

وكذلك لو قال : كلامك علي حرام ، لحُرِّمَتْ ، لأنه من محاسنها .
قال سحنون : لأرى عليه شيئاً في الكلام والشعر . وكذلك قال ابن الموزع
عن ابن عبد الحكم .
وقال أشهب : إنها تحرم عليه^(٢) .

وقال بعض القرويين : إذا طلق كلام مرأته لزمه لطلاق ، لأن من كلام المرأة ما لا يحل أن يسمعه إلا الزوج ، فقد حرّم ذلك النوع على نفسه ، فيلزمه الطلاق لهذا ، والله أعلم .

[فصل ٣ — فيمن قال : إحدى نسائي طالق]

ومن المدونة : ومن قال : إحدى نسائي ، أو امرأة من نسائي طالق ، أو كان ذلك في يمينٍ حلف بها فحنت ، فإن نوى واحدةً بعينها طلق التي نوى خاصة ، وصدق في القضاء واعتب ، وإن لم ينو طلق كلهن بغير ائتلاف طلاق ، لأن الطلاق لا يختار فيه بخلاف العتق^(٣) .

(١) "على الإباحة" ليست في أ ، ب .

(٢) قال أبو الوليد الباجي : وإلى ذلك ذهب ابن القصار وأبو إسحاق الشيرازي .
انتظر : أحكام الفصول ص ٦٧٢ .

(٣) النوادر والزيادات ل ٣١٣ / أ .

(٤) انتظر : المدونة ١٦٠١٥ / ٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٣ .

ابن المراز : وهذا قول امصريين وروايتهم عن مالك ، وقال المدنيون ورواه بعضهم عن مالك : إنه يختار منهن واحدة كالعتق ، ولأول أحب إلينا ، لأن العتق يُعْتَض ويُجْمَع في أحدهم بسهم ، وليس ذلك في الطلاق^(١) .
ومن المدونة : قال بن القاسم : وكذلك لو نوى واحدة فأنسيه ، طلقن كلهن بغير ائتلاف طلاق .

- قال الشيخ : ولا خلاف في هذا ، وكذلك في العتق إذا قال : أحد عبيدي حر ، ونوى واحداً ، ثم أنسيه ، فإنه يعتق عليه جميعهم .
قد ابن القاسم : وإن جحد في الطلاق كان كمن لانية له ويطلقن كلهن^(٢) .

قال الشيخ : وفي العتق يختار من تعتق منهم إذا لم ينو واحداً بعينه .

فصل [٤ - فيمن قال : طلقك قبل أن أتزوجك ، أو أنا صبي أو مجنون ، أو طلق بالعجمية]

ومن قال لامرأته : طلقك قبل أن أتزوجك ، أو : أنا صبي ، فلا شيء عليه ، وكذلك إن قال : وأنا مجنون ، إن عرف أنه كان به جنون .
- وقال سحنون : يلزمه الطلاق ، وذلك ندم منه .
ومن طلق بالعجمية لزمه إن شهد بذلك عدلان يعرفان العجمية^(٣) .

(١) انظر : لنوادر والزيدات ل ٣١٦/١ .

(٢) ، (٣) انظر : المدونة ٣/١٤-١٦ ، تهذيب المدونة ص ١١٣ .

[الباب السادس] جامع القول في الاستثناء في الطلاق

[فصل ١ — في تعليق الطلاق بمشيئة الله أو بمشيئة غيره]

ولما أجمعوا أن من نسق يمين لطلاق بفعل^(١) كان لحكم لآخر الكلام ، كان كذلك الاستثناء فيه^(٢) .

قال مالك : فمن قال لزوجه : أنت طالقُ . إن شاء الله ، لزمه الطلاق ولائياً له ، لأنه لا علم لنا بمشيئة الله عز وجل ، فإذا طلقناها عليه علمنا أن الله عز وجل شاء طلاقها^(٣) .

قال الشيخ : ولأننا لا نعلم بمشيئة الله عز وجل ، ولما لم يكن لنا طريقٌ إلى علمها غلبنا التحريم ، كما إذا اجتمع في شيء الحظر والإباحة غلبنا الحظر .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : إن شاء فلان ، فذلك له ، لأنه ممن يوصل إلى علم مشيئته ، وينظر [إلى]^(٤) ما يشاء فلان ، فإن مات فلان قبل أن يشاء وقد علم بذلك أو لم يعلم ، أو كن ميتاً قبل يمينه ، فلا تنطق عليه^(٥) .

قال الشيخ : لأنه لم يشأ إذا مات قبل أن يشاء .

قال ابن القاسم : وكذلك إذا قال : أنت طالقُ إن شاء هذا الحجر ، أو الحائط ، فلا شيء عليه^(٦) .

قال الشيخ : لأن هذه الأشياء ليس لها مشيئة فيطبقها بها .

وقال سحنون : يلزمه في الحجر ونحوه ولائياً له ، ويحمل على أنه نادم^(٧) .

(١) في زيادة "كذا" .

(٢) انظر : تهذيب الطالب لـ ٤٤/ب .

(٣) انظر : المدونة ١٧/٣ .

(٤) من تهذيب المدونة .

(٥)، (٦) انظر : المصدر نفسه ١٧، ١٦/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٣ .

(٧) انظر : النودر والزيادات لـ ٣١٢/أ .

قال الشيخ : قال عبد الوهاب : تعليق الطلاق بالمشيئة على ثلاثة أضرب :

بمشيئة الله عز وجل ، وبمشيئة إنسان ، وبمشيئة من لا يشاء كاحجر ونحوه ، فأم قوته : أنت طالق إن شاء الله ، فلا يؤثر في رفع الطلاق عند^(١) خلافاً لأبي حنيفة^(٢) والشافعي^(٣) ، لأنه لو أثر في ذلك لم يخل أن يكون تأثيره من حيث الشرط أو الاستثناء ، فإن كان من حيث الشرط فلا يصح ، لأنه لا سبيل لنا إلى العزم بمحصله ، فإذا كان كذلك فتعلق الطلاق به هزلٌ وعبثٌ ، وقد قال / صلى الله عليه وسلم : [١/١٤٩] "ثَلَاثٌ هَزْلُهُنَّ جِدٌ ، فَذَكَرَ الطَّلَاقُ"^(٤) ، وإن كن من حيث الاستثناء فلا يصح أيضاً لأن الاستثناء إنما يدخل على مستقبل الأفعال دون ماضيها ، وقوله : أنت طالقٌ ، إيجابٌ وإيقاعٌ فلا مدخل للاستثناء فيه .

قال الشيخ : ولأن الاستثناء معنى^(٥) يُجِلُّ اليمين المنعقدة كالكفارة ، وقد ثبت أنه لا مدخل للكفارة في لطلاق ، فكذلك الاستثناء ، ولأن الكفارة أقوى من الاستثناء ، لأنها^(٦) تؤثر^(٧) متصلةً ومتفصلةً ، والاستثناء لا يؤثر إلا متصلاً^(٨) . فإذا لم تعمل الكفارة في الطلاق كان الاستثناء أحرى أن لا يعمل فيه ، ولأنه استثناءٌ يرفع جميعه في الحال ، فوجب أن لا يعمل فيه^(٩) ، كما لو قال : أنت طالقٌ ثلاثاً إلا ثلاثاً ، وأما تعليق الطلاق بمشيئة زيد فيصح ، لأنه يتوصل إلى علم مشيئته ، فكان كسائر الشروط ، كقوله : أنت طالقٌ إن دخل زيد لدار ونحوه ، وأما الاستثناء بمشيئة احجر فروايتان : فوجه أن الطلاق يرمه : فلائه هزلٌ ، ووجه أنه لا يلزمه :

(١) انظر : المقدمات المهمات ٥٧٦/١ ، بداية بختهد ٧٩، ٧٨/٢ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٩٩ ، تحفة الفقهاء ١٩٣/٢ .

(٣) انظر : مختصر المزني مع الأم ٢٠٨/٩ ، التبيين ص ١٧٦ .

(٤) سبق تخريجه ص ١٣٣ .

(٥) معنى " ليست في ز .

(٦) "لأنها" ليست في ز .

(٧) في ز "لا تؤثر" .

(٨) في ز "منفصلاً" ، وهو تحريف .

(٩) "فيه" ليست في ز .

فلأنه عدم^(١) الشرط الذي علق الطلاق به ، والأول أصح^(٢) .
 ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو كن استنأوه في يمين بطلاق على فعل
 شيء بعد ذكر الفعل أو قبله فلائباً له .
 قال الشيخ : وابن المدجشون يرى أن له ثنياً إذا ردَّ الثنياً إلى الفعل دون
 الطلاق^(٣) ، ولو قال : أنت طالق إلا أن يبدو لي ، لم ينفعه ذلك ، فإن ضمَّنه يميناً
 فقل : أنت طالق إن فعلت كذا إلا أن يبدو لي ، فذلك له . وقوله : إلا أن يبدو لي
 يريد في ذلك الفعل خاصة ، وإن قال : إن شاء الله ، لم ينفعه ذلك^(٤) .

فصل [٢ - فيمن طلق واستثنى بعض الطلاق]

ومن كتاب ابن سحنون : فإن قال : أنت طالق الطلاق كله إلا نصفه ، أو
 قال : طلق ثلاثاً إلا نصفها ، لزمته طلقتان .
 - قال الشيخ : وكأنه قال له : أنت طلق طلاقاً ونصفاً ، فجبر عليه النصف
 البقي من الطلقة فلزمه طلقتان .
 قال : ولو قال : الصلاق كله إلا نصف الطلاق ، لزمته اثلاث ، لأن
 الطلاق المبهم واحدة ، فاستثنوه من الواحدة لا ينفعه .
 - قال الشيخ : وكأنه^(٥) قال لها : أنت طالق طلقين ونصفاً ، فتلزمه الثلاث
 وإن قال لها : أربعاً إلا ثلاثاً ، أو مئةً إلا تسعاً وتسعين ، فإن اثلاث تلزمه كمن
 قال : ثلاثاً إلا ثلاثاً ، لأن اللازم من المئة ثلاث ، ثم رجع^(٦) في المجموعة قال :
 لا تلزمه إلا واحدة ، ولو كانت تلوازم من المئة تكون في المستثنى لكان لو قال :

(١) "عدم" مكانها بياض في أ ، ب .

(٢) انظر : المعونة ٦٤٤/٢ - ٦٤٦ .

(٣) أي فلاشي عليه . انظر : تهذيب الصالح ل ٤٥ ب .

(٤) أي تطبق عليه .

(٥) في زيادة "لما" .

(٦) أي سحنون .

إلا اثنتين ، تزمه واحدة ، وهذا تزمه الثلاث ، وتكون اللوازم فيما أبقي^(١) .
 قال في كتاب ابنه : وإن قال : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق إلا
 واحدة ، فإن نوى بقوله : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق واحدة^(٢) يكررها
 يُسمعها ، لزمته واحدة ، كالمقاتل : أنت طالق واحدة إلا واحدة ، وإن^(٣) لم يرد
 يُسمعها ، أو لم تكن له نية ، فهي ثلاث استثنى منها واحدة ، فتلزمه طقتان^(٤) .
 وإن قال : أنت طالق أئبته إلا واحدة ، لزمته طقتان ، لأن أئبته صفة الثلاث
 بنى بها أم لا ، وأنكر^(٥) قول من قال : إن أئبته لا تتبع^(٦) .

قال بعض أصحابنا : ويلزم من قال هذا لو شهد شاهداً بالئبته ، وشهد آخر
 بالتلات ، أن تكون شهادة مختلفة ، وهذا خلاف قول أهل الحجاز^(٧) .
 وقال سحنون في المجموعة : إذ قال : أنت طالق أئبته إلا واحدة ، لزمته
 الثلاث ، لأن أئبته لا تتبع .

وقال أشهب : تتبع^(٨) .

ومن العتبية : قال أصبغ فيمن قال لإحدى نسائه الثلاث : / أنت طالق أئبته [١٤٩] ب
 ثم قال للثنية : وأنت شريكها ، ثم قال للثالثة : وأنت شريكها ، فإنهن طوالق
 أئبته كلهن ، لأنها لا تتبع .
 ولو قال للأولى : أنت طالق ثلاثاً ، وللثنية : وأنت شريكها ، وللثالثة :
 وأنت شريكها ، فإن الأولى والثالثة تقع عليهما ثلاث ثلاث . وعلى الوسطى

(١) انظر : الفوائد والزيادات ل ٣١٢ ب .

(٢) "واحدة" ليست في ز .

(٣) "وإن" ليست في أ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل ٣١٢ / .

(٥) أي سحنون .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٥ ب .

(٧) لأن معنى أئبته الثلاث ، وهذا يلزمه الثلاث . المصدر نفسه ل ٤٥ ب .

(٨) أي فلا يلزمه إلا اثنتين . انظر : المصدر نفسه ل ٤٥ ب .

اثنان ، يريد^(١) : أن^(٢) الأولى لزمها ثلاث بأول قوله ، والثانية لزمها طلقتان ، وكأنه قال له : أنت طالق طلقةً ونصفاً . وثالثة لزمها ثلاثٌ ، لأنها لزمها من الأولى طلقتان ومن ثانية صلقة ، فأكملت عليها ثلاث تطبيقات^(٣) (٤) .

ومن كتاب ابن سحنون عن أبيه : ولو قال لأربع نسوة له : بينكن طلقة ، أو قال : اثنتان ، أو قال : ثلاث ، أو قال : أربع ، لزم كل واحدة طلقة .
ولو قال : أشركتكن في ثلاث ، لزم كل واحدة ثلاثاً ، ولو قال : أشركت بينكن في طلقتين ، طلقت كل واحدة طلقتين^(٥) .

قال الشيخ : كنهه إذا قال : بينكن كذا ، فإنما تقسم الجملة المسماة بينهن ، فإذا قال : أشركتكن في ثلاث ، أو في اثنتين ، فكأنه أشركهن في كل طلقة على انفرادها .

قال الشيخ : ولو قال قاتل : ذلك سواءً كنه ، لم يُعْبِه ، إذا فرق بين قومه : بينكن ، أو أشركتكن .

قال أبو محمد : ورأيت لأبي عبيد القاسم بن سلام^(٦) مسألةً في الاستثناء [قد]^(٧) : على أصولنا فيمن قال : أنت صالِقٌ ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة ، أنها

(١) "يريد" ليست في أ .

(٢) في أ ، ب "لأن" .

(٣) "تطبيقات" ليست في ز .

(٤) العتبية مع البيان والتحصيل ٣٤٧/٦ .

(٥) تهذيب الطالب ل ٤٥/ب .

(٦) هو أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله ، الإمام لعلامة ، الحافظ المجتهد ، سمع شريكاً وابن المبارك وطبقتهما ، له تصانيف كثيرة منها : كتاب الأموال ، وغريب الحديث ، وفضائل القرآن ، النسخ والمسوخ ، توفي بمكة بعد أن حج سنة ٢٢٤هـ .

انظر : لطيفات ٢٥٣/٧ ، سير اعلام النبلاء ١٨٣/٩ ، شذرات الذهب ٥٤/٢ .

(٧) من تهذيب لطالب .

اثنتان ، لأنه استثنى من الاستثناء لقول الله عز وجل : ﴿إِلَّا لَ لُوطٍ إِنَّا لَمَنُجُّوهُمْ
أَجْمَعِينَ . إِلَّا أَمْرًا﴾^(١) فاستثنى من الاستثناء^(٢) .

(١) سورة الحجر : آية ٦٠، ٥٩ .

(٢) النودر والزيادات ل ٣١٣/١ .

[الباب السابع] في الطلاق قبل الملك واليمين به

[فصل ١ — في لزوم الطلاق قبل الملك وهل يلزمه إن خص قبيلة؟]

وقد رأى عمر وابن عمر وابن مسعود وغيرهم وعددٌ كثيرٌ من التابعين^(١) أن من حلف بطلاق امرأةٍ إن تزوجها أن ذلك يلزمه^(٢) ، وكذلك إن خصَّ قبيلةً ، قال بعضهم : أو ضرب أحداً ، وأما إن عمَّ فلا شيء عليه^(٣) .
قال ربيعة : لأن الله عز وجل لم يجعل الطلاق إلا رحمةً ولا العتاقة إلا أجراً ، فالإزامه هذا من الهلكة^(٤) .

قال غيره : وهذا من الخرح الذي رفعه الله عز وجل عن هذه الأمة بقوله : ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٥) ، يقول : من ضيق .
قال عبد الوهاب : وقال الشافعي : إن ذلك لا يلزمه سواء عمَّ أو خصَّ^(٦) ، وقال أبو حنيفة : إن ذلك يلزمه سواء خصَّ أو عمَّ^(٧) ، والدليل على الشافعي في أنه إن خصَّ أو عمَّ أن ذلك لا يلزمه ، قوله عز وجل : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٨) ، ولأنه

-
- (١) كسليمان بن يسار وسام بن عبد الله والقاسم بن محمد وابن شهاب .
(٢) أخرج أثر عمر وابن مسعود عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الصلح قبل النكاح ٤٢١، ٤٢٠/٦ رقم (١١٤٧٠، ١١٤٧٤) .
وهما مع أثر ابن عمر في المدونة ٢٧/٣ .
(٣) تهذيب الطيب ل ٤٤/ب .
(٤) انظر : المدونة ٢٨/٣ .
(٥) سورة الحج : آية ٧٨ .
(٦) انظر : مختصر المزني مع لأ ٢٠٢/٩ .
(٧) انظر : مختصر القشوري مع شرحه الباب ٤٦/٣ .
(٨) سورة لمائدة : آية ١ .

أضاف الطلاق إلى حال يمتنع فيه ببدء إيقاعه ، فصح ذلك اعتباراً به إذ أضافه إلى حال طريق الملك ، مثل أن يقول نزوجته : إذا دحلت لدار فأنت طالق .
والدليل على أبي حنيفة في أنه يلزمه وإن عم : قوله عز وجل : ﴿لَا تَحْرِمُوا طَبِيبَاتِم مَّا حَسَّ أَنَّهُ لَكُمْ﴾^(١) ، ولأنه سدَّ على نفسه طريق استباحة لبصع ، فوجب أن لا يلزمه ، لأن في ذلك تعريض نفسه لزنأ ، ومأدى إلى ذلك فهو ممنوع، أصله عدم الحر للمهر الحرة أنه يجوز معه نكاح الأمة ، لأنه لو لم يحزه^(٢) ذلك لأدى إلى التعريض لزنأ ، وكذلك مسألتنا^(٣) .

[فصل ٢ — فيمن قال : كلما تزوجتك ، أو إن تزوجتك أبداً فأنت طالق]

ومن المدونة : قال مالك : ومن قال لامرأة : كم تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً ، فانطلاق يعود عليه أبداً كلما تزوجها ، ولو قال : إن تزوجتك أبداً ، أو إذا أو متى ما ، فإنما يحث بأول مرة ، إلا أن يريد أن (متى ما) مث (كلما) ، فتكون مشها.

وإن قال لأجنبية : إن وطئتك ، أو يوم / كلمك فأنت طالق ، ثم تزوجه ، ١٥٠/١
وفعل ذلك فلا شيء عليه إلا أن ينوي إن تزوجتك^(٤) .

(١) سورة المائدة : آية ٨٧ .

(٢) "له" ليست في أ .

(٣) انظر : المعونة ٨٤٢/٢ ، ٨٤٣ .

(٤) انظر : المدونة ١٧/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٣ .

فصل [٣ — فيمن طلق قبل الملك وعم]

قال مالك : ومن عمّ فقدل : كل امرأة أتزوجها طالق ، فلا شيء عليه ، لأنه عمّ تحریم ما أحل الله عز وجل له ، كمن به يومئذ أربع زوجات فُدني أو لازوجة به طلق بعض زوجاته أو لا ، قال ذلك في يمين مُضَمَّنة بفعل ، أو في غير يمين مُضَمَّنة . وله أن ينكح حتى يكمل أربعاً ، ولو طلق كل امرأة في عصمته لزمه ذلك . وله أن يتزوج إن شاء .

وإن قال لزوجه : إن دخلت أنا ، أو أنت الدار فكل امرأة أتزوجها طالق ، أو بدأ بذكر التزويج قبل دخول الدار ، ثم تزوج امرأة ، ثم دخل الدار ، أو دخلت هي فلا شيء عليه فيها ، ولا فيمن نكح بعدها^(١) .

فصل [٤ — فيمن طلق قبل الملك وعم واستثنى مدينة]

وإن قال : كل امرأة أتزوجها إلا من نُسِطاط طالق ، لزمه ، أو قال : إن لم أتزوج إلا من نُسِطاط فكل امرأة أتزوجها طالق ، لزمه الطلاق فيمن تزوج^(٢) من غيرها

قال سحنون في قوله : إن لم أتزوج من النُسِطاط فكل امرأة أتزوجها طالق ، إن تزوج من غيرها وقِف ، ودخل عليه الإيلاء^(٣) .

ومن العتبية : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها بمصر ، ثم حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها بمصر ، فلا يزمه اليمين الثانية . ولتزوج بمصر ما شاء ، ولو كانت يمينه أولاً على غير مصر ، ثم حلف بطلاق من يتزوج بمصر ، فيمين لثانية ساقطة ، ويتزوج من مصر^(٤) .

(١) لأنه كمن لم يحلف .

نظر : المدونة ١٨/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٣ .

(٢) "فيمن تزوج" ليست في أ .

(٣) نظر : المدونة ١٨/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٣ .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٦٤/٦ .

قال ابن سحنون عن أبيه في احوال بطلاق من يتزوج من قُرْبَة ، قال : لا يلزمه إلا في قُرْبَة وأرباضها^(١) ، ووقال : من القيروان لم يلزمه إلا من المدينة نفسها .

ولو تزوج من منزل العويين لم يلزمه^(٢) شيء ، ولم ير^(٣) بعض أصحابنا أنه يلزمه فيمن يلزمه اسعي إلى الجمعة . لا أن ينوي إعماله فيلزمه إعمالها ، لأن القياس أن يلزمه فيما تقصر في مثله الصلاة ، فعب سحنون هذا كله ، وقال : هذا القائل لو تزوج هذا من أبعد ما يلزمه فيه الجمعة ودون ما تقصر فيه الصلاة لم أفسخه ، وأنه قبل وقوعه .

قال سحنون^(٤) : وهذا من قوله صواب^(٥) .

ومن العتبية والموازية والواضحة : قال ابن القاسم : وإن قال : كس امرأة نكحها بأرض الإسلام طلق ، فإن كان يقدر على دخول أرض العدو والنكاح بها وإخراجها لزمه ، وإلا لم يلزمه اليمين .

قال ابن المواز : وقال أصبغ : لا يلزمه وإن قدر على دخولها : كمن استثنى قرية صغيرة ، أو عدداً قليلاً .

قال أبو محمد : في أرض الحرب / ما يأتية المسلمون وهي متجرهم ، فإن ١٥٠/ب أراد هذا لزمه . وإن أراد مثل إفرنجة ونحوها لم يلزمه^(٦) .

ومن المدونة : قال مالك : وإن قال : كس امرأة أتزوجها فهي طالق ، لا من قرية كذا : لقرية صغيرة ليس فيها ما يتزوج ، فلا شيء عليه .

(١) الرِّبَض : هو ماحول المدينة ، وقيل : هو القضاء حول المدينة .

انظر . اللسان ، مدة (رَبَضَ) .

(٢) " لم يلزمه " ليست في .

(٣) في جميع النسخ زيادة " قول " .

(٤) في أ " ابن سحنون " ، وهو خطأ .

(٥)، (٦) التوامر والزيادات ل ٣٠٧/أ ، تهذيب لطالب ل ٤٤/ب .

قال مالك : وكذلك إن قال : إلا فلانة ، وهي ذات زوج أم لا ، فلاشيء عليه .

قال ابن القاسم : وكذلك إن قال : إن لم أتزوج فلانة فكل امرأة أتزوجها طالق ، فلاشيء عليه^(١) .

فصل [٥ - فيمن طلق قبل الملك وعم وضرب لذلك أجلا]

قال مالك : وإن قال : كل امرأة أتزوجها إلى ثلاثين سنة ، أو أربعين سنة صالقي ، فذلك يلزمه إذا أمكن أن يحيا إلى ما^(٢) أبجل من الأجل . فإن خشي العنت في التأجيل ولم يجد ما يمتدّر به فيه أن ينكح ولاشيء عليه^(٣) .

قال ابن المواز : قيل لابن القاسم : في كم من الأجل إذا ضربه تعدّره إن خاف العنت؟

قال : لأحدّه ، ولأشك أن عشر سنين كثيرة يُعذر بها . قال أصبغ : بعد تصير وتقف .

وقال أشهب وابن وهب : لا يتزوج وإن خاف العنت في تأجيل ثلاثين سنة . قال ابن القاسم : كاحه أولى من الرنا ، وقد اختف في هذا الكاح فأجازاه ابن المسيب وغيره .

ولو حلف بعق ما يملك من الجوري في هذا الأجل لم يُعذر بخوف لعنت . ابن المواز : قال أصبغ : وهما في القياس سواء ، ولكن قوله أحب إلي لقوة العتق وضيقه ، وسعة الناس^(٤) في النكاح^(٥) .

(١) انظر : المدونة ١٨/٣ . تهذيب المدونة ص ١١٣ .

(٢) "ما" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ١٨/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٣ .

(٤) "الناس" ليست في ز .

(٥) انظر : النواذر والزيادات ل ٣٠٩/١ .

قال ابن القاسم في عتبية : إن صاحب الشرط كتب إلي في رجس تزوج امرأة حلف بطلاقها إن تزوجها ، فكتب إليه : لا يفسخ نكاحه ، وقد أجازته ابن المسيب^(١) ، وكان المخزومي ممن حلف أبوه على أمه بمثل هذا^(٢) .

قال ابن القاسم : ومن قال : إن تزوجت فلانة ، عصم فهي طالق ، فتزوجها فطقت عليه ، ثم تزوجها ، قل : يلزمه الطلاق كلما تزوجها^(٣) .
وقال بن المواز^(٤) : لا يحنث إلا مرة واحدة^(٥) .

ابن سحنون : ومن حلف بطلاق من يتزوج عني امرأته فذلك يلزمه ، وكذلك بن قال : إن تزوجت عليك فلانة فهي طالق . أو شرط ذلك في أصل النكاح ، ويتكرر فيها الحنث متى ما^(٦) تزوجها ، وإن كانت بعينها ، ومخرج هذا [كأنه قال]^(٧) : كل امرأة أجمعها معك طالق . فصارت كغير معينة ، وكذلك قل ابن القاسم : المعينة وغيرها في هذا سواء^(٨) .

وروى عنه عيسى : أنه لا يحنث في المعينة في هذا إلا مرة واحدة ، ثم لاشئ عليه^(٩) .

ومن المدونة : قال مالك : وإن قال : إن مئتي سنة ، أو كان شيخاً ، وضرب أجلاً يعلم أنه لا يبلغه فلا شيء عليه .

قال : وإن حصر قبيلة أو بلدة كقوله : كل امرأة أتزوجها من مصر ، أو همدان^(١٠) ، أو الشام فهي صائق ، فتزوج منها امرأة طلقت عليه ، ثم كلما

(١) أي لما قال له رجل : حنث بطلاق فلانة إن تزوجتها؟ قال : تزوجها وإمك في رقبتي .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٣٥/٦ .

(٣) تهذيب الطالب ل ٤٥/١ .

(٤) في ز "ابن المسيب" ، وهو خطأ .

(٥) لأنها معينة . المصدر نفسه ل ٤٥/١ .

(٦) "ما" ليست في ز .

(٧) من تهذيب الطالب .

(٨) المصدر نفسه ل ٤٥/١ .

(٩) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١١٥/٦ ، تهذيب الطالب ل ٤٥/١ .

(١٠) همدان : قبيلة من اليمن . انظر : اللسان ، مادة (همدان) .

تزوجها أبداً ولو بعد ثلاث عادات عليه فيه اليمين وطلقت ، لأنه لم يحلف على عينها ، وترجع إذا طلقت عليه كإحدى نساء تلك البلدة ، وكذلك إن قال : من الموالي ، وتحت امرأة منهم ، فلا تطلق عليه ، فإن طلقها ، ثم تزوجها طبقت عليه . وإن قال : كل امرأة أتزوجها معاشت فلانة فهي طالق ، لزمه . لأنه أجل آت ، كانت فلانة تحت أم لا ، فإن كانت فلانة تحته فطلقها . فمن نوى بقوله : معاشت ، أي : مدامت تحي فيه أن يتزوج ، ويقبل منه ، كانت على يمينه بينة أم لا ، وإن لم تكن له ^(١) نية فلا يتزوج مابقيت . قال ابن القاسم : إلا أن يخشى العنت ^(٢) .

فصل [٦] — فيمن طلق قبل الملك ثلاثاً وخص ثم تزوج ودخل

قال مالك : ومن قال : كل امرأة أتزوجها من الفسباط طالق ثلاثاً ، فتزوج منها ودخل ^(٣) ، فعليه صداقٌ واحدٌ ، لاصداق ونصف ، كمن وطئ بعد حنثه في طلاق ولم يعلم ، فإنما عليه المهر الأول الذي سمي ^(٤) . قال ابن القاسم : / وليس عليها عدة الوفاة إن دخل بها ثم مات ، إنما عليها [١٥١] ثلاث حيض ^(٥) .

قال عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة : لها مهرٌ ونصف ^(٦) ، ودليلنا : أنا اتفقنا ^(٧) أنه واطئ يشبه العقد لأول ، ولاحد عليه ، إذ لا يجتمع احد والمهر ، فإذا

(١) "له" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المسونة ١٨/٣ - ٢٠ ، تهذيب المدونة ص ١١٣ .

(٣) في أ ، ب "أو" بدل "الواو" .

(٤)، (٥) انظر : المدونة ٢٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٤ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٠٣ .

(٧) "أنا اتفقنا" ليست في ز .

كان واطئاً بشبهة العقد الأول^(١) لم يئزمه إلا مهرٌ واحدٌ اعتباراً بسائر الأنكحة الفاسدة إذا وطئ فيها^(٢) .

قال الشيخ : قال ابن الكاتب : وقد أجمع المسمون على أن النكاح الفاسد وإن تكرر الوطء فيه ليس فيه إلا صدقٌ واحدٌ ، وهو الذي وجب أولاً ، فكان مابعده داخلاً في حكمه وإن كان لا يحوز [ذلك]^(٣) فكذلك ماقلناه^(٤) .

[فصل ٧ — فيمن طلق قبل الملك ووكل من يزوجه]

ومن المدونة : قال ابن لقاسم : ومن وُكِّل من يزوجه ، ولم يحضر عليه ، فزوجه من الفُسْطَاط ، رُِمه النكاح . وطلّقت عليه إلا أن ينهه عن الفُسْطَاط .

— قال الشيخ : يريد : فلا يئزمه النكاح إذا ثبت النهي .

قال ابن القاسم : وقد قال مالك فيمن حلف ألا يبيع سلعة كذا ، فوُكِّل غيره فباعها : إنه حائثٌ ، فهذا عندي مثله^(٥) .

قال ابن حبيب : ومن حلف بطلاق من يتزوج بقرطبة ، فوُكِّل من يزوجه ، فعقد عليه نكاح امرأة بقرطبة ، فإنها تطلق عليه ، ولها عليه نصف الصدق ، ثم يُنظر فإن كان ذكر لوكيل يمينه فضمّان نصف الصداق على الوكيل ، وإن لم يذكر ذلك له فلا يضمن الوكيل شيئاً ، وذلك على الحلف^(٦) .

قال أبو محمد : إذا نهاه عن نساء قرطبة لم يئزمه طلاقٌ ولا نكاح .

(١) "الأول" ليست في ز .

(٢) انظر : المعونة ٨٤٣/٢ .

(٣) من تهذيب اطلب .

(٤) تهذيب لطالب ل ٤٥/أ .

(٥) نظر : المدونة ٢٣٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٤ .

(٦) التوارد والزيادات ل ٣٠٧/ب .

فصل [٨ - فيمن حلف بطلاق من يتزوجها على زوجته ثم طلق زوجته ثلاثاً ثم تزوج امرأة ثم تزوج الأولى]

ومن المدونة : قال مالك : ومن قال لزوجته : كل امرأة أتزوجها عليك طالق ، فطلق الحلوف لها ثلاثاً ، ثم تزوج امرأة ثم تزوج الحلوف ها بعد زوج ، أو تزوجها قبل ^(١) زوج ^(٢) ، ثم تزوج عليها ، فلا شيء عليه فيهما ^(٣) .

قال الشيخ : وكأنه رأى أنه إذ طلق الحلوف لها ثلاثاً ، ثم تزوجها بعد زوج فكأنه غيرها لزوال العصمة التي حلف ها فيها ، وأما إن طلق الحلوف لها واحدة فانقضت عدتها ثم تزوجها ، ثم تزوج عليها أجنبية ، أو تزوج الأجنبية ، ثم تزوجها هي عليها ، فإن الأجنبية تطلق عليه في الوجهين ما بقي من طلاق المالك الأول شيء ، ولا حجة به . إن قال : تزوجته على غيرها ولم ينكح غيرها ، ولا أنويه إن ادعى نية ، لأن قصده ألا يجمع بينهما .

قال ابن الموار : والذي هو أثبت عندنا إذا طلقها أبتة ، ثم تزوجها بعد زوج فإنما يزول عنه كل يمين حلف ^(٤) بطلاقها نفسها ، أو كل شرط فيها ، أو يملكها نفسها ، فأما ما كان بطلاق غيرها كقولها : كل امرأة أتزوجها عليك طالق ، أو : إن تزوجت عليك فلانة فهي طالق ، فطلقها ثلاثاً ، ثم نكحها بعد زوج ، أن ذلك لازم له ، ورواه ابن وهب عن مالك فيما أظن ، وقاله أشهب ، وأخذ به أصبغ ^(٥) .

(١) في ز "بعد" .

(٢) "قبل زوج" ليست في أ ، ب .

(٣) أي في امرأته والتي تزوج .

انظر : المدونة ٢٠/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٣ .

(٤) "حلف" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٣/ب .

قال أشهب : وكذلك قوله : إن تسررت عبيك فهي حرة ، أو : تزوجت عليك فعبدي حر ، قال : أبداً ، أو لم يقن ، فهو على الأبد حتى ينوي غير ذلك ، وهو كإخالف بالله عز وجل ، أو بالمشي ألا أطوك ، فلا يزال يمينه هذه طلاقه بإياها أبنة إن تزوجها بعد زوج ، إلا أن يكون نوى هذا الملك . قال : وإنما يسقط أيمانها بطلاقها وظهارها .

[فصل ٩ — فيمن قال : إن تزوجت عليك فأمرها بيدك]

ومن المدونة : قال مالك : وكذلك إن قال : إن تزوجت عبيك فأمر التي أتزوج عليك^(١) بيدك ، على وجه المسألة الأولى ، يكون ذلك بيدها ما بقي من طلاق ذلك الملك الأول شيء ، / سواء كان مشترطاً في عقد النكاح أو تبرع به [١٥١/ب بعد العقد^(٢) .

قال ابن حبيب فيمن شرط أن الدخلة على امرأته طالق ، فجعل فنكح عليها فيفترق بينهما متى ماعثر عليه ، ولها نصف الصداق ، وإن بنى بها فلها جميعه ولا ميراث لها إن مات قبل لفراق ، وإن كان ولد جق به وورثه ، ولو عثر عليه قبل موته وهو مقر بالشرط لم يلحق به الولد ورجم^(٣) .
قال أبو محمد : انظر قوله : ويرجم ، وهذا نكاح مختلف فيه^(٤) ، وابن القاسم يقول^(٥) : يتوارثان قبل الفسخ^(٦) .

(١) "عليك ليست في ز .

(٢) انظر : للمدونة ٣/٢٠، ٢١ ، تهذيب المدونة ص ١١٤، ١١٣ .

(٣) تهذيب الصلح ل ٤٥ / .

(٤) "فيه" ليست في أ .

(٥) "يقول" ليست في ز .

(٦) المصدر نفسه ل ٤٥ / .

قال ابن حبيب : ولو أنكر وقمت عليه بذلك بينةً فرق بينهما ولم يُجحد^(١) ، كمن شهد عليه بالطلاق وهو يجحد .
 قت : فمن طلق في سفر ، ثم قدم فحجد فتقوم البينة بعد موته فقد قال مالك : ترثه ، وقلت أنت في المسألة الأولى : لا ترثه ؟
 قال : لأن التي فيها اشترط بنت مه بالعقد ، فم يملك عصمتها إلا مع طلاق قارن لعصمة ، والأخرى فارقها بعد عصمة مستقرة ، فإما يثبت ذلك عليه بعد موته^(٢) .

[فصل ١٠ — فيمن شرط لها إن تزوج عليها فأمر نفسها بيدها]

ومن المدونة : قال مالك : وإن شرط عند نكاحه إن تزوج عليها فأمر نفسها بيدها ، ففعل ، فلها أن تطلق نفسها بالثلاث ، ولأمانة له هاهنا ، بنى بها الزوج أو لم يبن .
 قال ابن القاسم : لأنها حين شترطت إنما شترطت ثلاثاً ، فلا تبالي دخل بها أم لا ، فإن طلقت نفسها بالثلاث بانت منه ، وإن طبقت نفسها واحدةً وقد بنى فله الرجعة . وإن لم يبن بها بانت منه بالواحدة^(٣) .
 قال أبو محمد : أعرف لسحنون وغيره : أن الطلقة لارجعة له فيها ، لأنها تشترط في أصل النكاح .
 قال ابن القاسم : وإن طبقت [نفسها]^(٤) واحدةً ولم تُوقَف فليس لها أن تزيد عليها كالتي تُوقَف فتطلق واحدةً فقد تركت مازاد عليها .

(١) "ولم يجحد" ليست في ز .

(٢) المصدر نفسه ل ٤٥ / أ .

(٣) انظر : المدونة ٣ / ٢٢ ، تهذيب للمدونة ص ١١٤ .

(٤) من المدونة .

قال : ولو نكح عليها امرأة فم تقض فلها أن تقضي إن نكح ثانية أي الطلاق شاءت^(١) وتحنف : مارضيت إلا بالأولى ، وما تركت الذي كان لها من ذلك .

قال : ولو طلق الأولى ، ثم راجعها بنكاح فلمسكة^(٢) القضاء ، وليس رضاها أولاً^(٣) بل لازم لها مرة أخرى^(٤) .
وقد ذكرنا هذه المسألة موعبة في كتاب التخيير^(٥) .

[فصل ١١ - فيمن طلق ثلاثاً إن لم يتزوج عليها اليوم فنكح نكاحاً فاسداً]

ومن قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً إن لم تزوج عليّ اليوم ، فتزوج نكاحاً فاسداً طلقّت عليه ، لأن ما بكأ قال فيمن قال لأمرته : أنت حرة إن لم أبعد ليوم ، فباعها^(٦) فأُنفيت حاملاً منه : أنها تعتق عبيه^(٧) .
قال حمديس : يُنظر في فساد النكاح ، فإن كن مما يقر بعد البناء ، فبني بها من يومه برّ في يمينه ، وإن لم يبن بها حتى مضى ذلك اليوم حنث ، وإن كان انكح مما يفسخ قبل البناء وبعده ، فلا يخرج ذلك من يمينه على حال .

(١) في ز ' أن الطلاق بات ' ، وهو تحريف .

(٢) ' فللمسكة ' مكانتها بياض في أ ، ب .

(٣) ' أولاً ' ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٢٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٤ .

(٥) وسيأتي ، وهو الكتاب العشر .

(٦) ' فباعها ' ليست في ز .

(٧) لأنه لا يبيع له فيها حين كانت حاملاً .

انظر : المدونة ٢٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٤ .

قال الشيخ : يريد إلا أن يفسخ ذلك النكاح ، ثم يتزوجها نكاحاً صحيحاً في ذلك اليوم ، فإنه يبر ، وكذلك إن تزوج غيرها فيه .
وقال سحنون في الأمة التي حنف لبيعنها فباعها فأُلْفِيَتْ حاملاً : ينبغي إن كانت مستبرأة عنده حين يمينه وبيعه أن لاتعتق عليه ، لأنه حنف على ما يجوز له .
قال سليمان : قال سحنون : والذي احتج بها رواية غير معتدلة ، ولاتعتق عليه الأمة كمسألة مالك في الحمامات .

ومن المدونة : قلت : فإن نكح على الزوجة الحرة أمة؟
قال : آخر ما فارقت مالكاً عليه : أن نكاح الأمة على الحرة جائز ، والخيار في هذا للحرة ، في أن تقيم معه ، أو تفدقه بطلقة^(١) .
قال حمديس : يبر في يمينه^(٢) إن كانت الأمة من نسائه^(٣) . /

[١٥٢/٢]

(١) انظر : المدونة ٢٣/٣ .

(٢) أي إذا تزوج لأمة .

(٣) انظر : تهذيب الصلب ل ٤٦ / ١ .

[الباب الثامن]

**فيمن كتب إلى زوجته أو أرسل إليها بالطلاق
وطلاق الأخرس والسكران والمكره والسفيه
والصبي والكافر والعبد**

[فصل ١ - فيمن كتب إلى زوجته أو أرسل إليها بالطلاق]

قال مالك : ومن قال لرجل : أخبر زوجتي بطلاقها ، أو أرسل إليها بذلك رسلاً ، وقع الطلاق حين قوله للرسول ، بلغها الرسول أو لم يبلغها ذلك وكتبها وإن كتب إليها بالطلاق ، ثم حبس كتابه ، فإن كتبه محملاً على الطلاق ، لزمه حين كتبه ، وإن كان ليشاوّر نفسه ، ثم بدا له ، فذلك له ، ولا يزمه طلاق^(١) .

قال ابن القاسم : ولو أخرج الكتاب من يده عازماً ، وقد كتبه غير عازم ، رمه حين أخرجه من يده ، وإن كان أخرجه غير عازم فله رده ما لم يبلغه ، فإن بلغها لزمه^(٢) .

قال أبو محمد : وروي عن مالك أنه قال : إذا أخرجه من يده لزمه كاللفظ بالطلاق ، والإشهاد به^(٣) .

قال ابن المواز فيمن أراد أن يكتب إلى زوجته بالطلاق : فأما أشهب فأجاز أن يكتب إليها : إذا ظهرت من حيضتك فأنت طالق ، ولم يجعل لذلك أجلاً ، ورآه ابن القاسم كالمطلق إلى أجل^(٤) .

قال ابن المواز : وأحب إلي أن يكتب إليها : إذا جاءك كتابي هذا فإن كنت حضت بعدي حيضة ، ثم صهرت ، وأتاك كتابي وأنت طاهرة فأنت طالق ، وإن كانت حاملاً كتب إليها : وإن أدركك كتابي وأنت حامل ، أو قد وضعت وطهرت فأنت طالق ، وإن كانت يائسة أو لم تحض طلقها متى شاء ، وكتب به بذلك .

(١) (٢) انظر : المئونة ٢/٢٣، ٢٤ ، تهذيب المدونة ص ١١٤ .

(٣) (٤) انظر : التوارد والزيادات ل ٣٠٠ ب .

وروى^(١) ابن حبيب : عن النخعي : إذا كتب إلى زوجته : إذا جاءك كتابي فأنت طالق ، فلم يأتها الكتاب فيس بشيء ، وإن كتب إليها : فأنت طالق^(٢) ، فذلك جائز^(٣) .

فصل [٢ - في طلاق الأخرس]

قال مالك : وما عِلِمَ من لأخرس بإشارة أو كتاب من طلاق ، أو خلع ، أو عتق ، أو نكاح ، أو بيع ، أو شراء ، أو قذف ، أو لزمه حكم المتكلم ، ويُجد قاذفه ، ويُقتص منه وله في الجراح^(٤) .

فصل [٣ - في طلاق السكران]

قال مالك : ويبرم السكران طلاقه وخلعه وعتقه ، وإن قَتَلَ قَتِيل ، لأن معه بقية من عقله ، ولم يُرفع القلم عنه^(٥) .
قال البخاري : وقال عثمان وابن عباس : ليس لسكران طلاق^(٦) .
ومن العتية : قال أصبغ عن ابن القاسم فيمن أسقى السكران ، ثم حلف بطلاق ، أو عتق : فلا شيء عليه ، وهو كالبرئ^(٧) ، وهو لم يُدخله على نفسه ، وقاله أصبغ .

(١) "وروى" مكانها باض في أ ، ب .

(٢) في زيادة "حين كتابي هذا" .

(٣) انظر : المصدر نفسه لـ ٣٠٠/ب .

(٤)، (٥) انظر : المدونة ٢٤/٣ ، ٢٥ ، تهذيب المدونة ص ١١٤ .

(٦) انظر : صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق في الإغلاق ونكحه والسكران والمجنون ١٦٨/٦ .

(٧) البرسام : رَمٌ حارٌّ يعرض للحجاب الذي بين لكبد والمعي ثم يتصل بالدماغ ، وهو معرَّب .
المصباح للمير ص ٤١ ، ٤٢ .

وقال أصبغ : ولو قصد شربه على سبيل الدواء والعلاج فأصابه مابيع ذلك منه ، فلا شيء عليه ، وليس كشارب الخمر^(١) .

فصل [٤ - في طلاق المبرسم والمجنون]

قال مالك : وما صلق المبرسم أو المحموم في هذينه وعدم عقله لم يلزمه . والمجنون الذي يفيق أحياناً ، فما طلق في حال إفاقته يلزمه وما طلق في حال جنونه لم يلزمه ، وكذلك المعتوه المطبق لا يلزمه ما صلق^(٢) ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "رفع القلم عن ثلاث - فذكر - مجنون حتى يفيق ، والصبي حتى يحتلم والنائم حتى ينتبه"^(٣) ، ولأن من لا يصح نكاحه لا يصح طلاقه ، اعتباراً لأحد الطرفين بالآخر^(٤) .

فصل [٥ - في طلاق المكره]

قال مالك : ولا يلزم المكره ما كرهه عليه من طلاق ، أو نكاح ، أو خلع ، أو عتق ، أو غيره^(٥) .

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣١٣/٦ .

(٢) "لا يلزمه ما طلق" يست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢٥٠٢٤/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٤ .

(٤) أخرجه أبو داود ، كتاب الخلود ، باب في المجنون يسرق أو يصيب حساً ٥٥٨/٤ رقم

(٤٣٩٨) ، والنسائي ، كتاب الطلاق ، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج ١١٤/٦ رقم

(٣٤٣٢) ، وابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم ٦٥٨/١ رقم

(٢٠٤١) ، وابن حبان ، كتاب الإيمان ، باب التكليف ١٧٨/١ رقم (١٤٣) وصححه ،

والحكم ، كتاب الصلاة ٣٨٩/١ رقم (٩٤٩) وقال : صحيح على شرط الشيخين ، ووافقه

لنهي .

(٥) انظر : المعونة ٨٤٠/٢ .

(٦) انظر : المدونة ٢٥٠٢٤/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٤ .

وقد رفع الله سبحانه الإثم بالإكراه في بقول بقوله عز وجل : ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾^(١) ، وقال تعالى : ﴿وَلَا أَنْ تَقْفُوا مِنْهُمْ نِقَةً﴾^(٢) ، [ب/١٥٢] ،
وقل الرسول عليه الصلاة والسلام : "رُفِعَ عَنْ أُمَّيْ أَخْطَأُ وَالنَّسِيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوْا" عليه^(٣) ، وقال ابن مسعود : ما من كلام يقرأ عني سوطين إلا كنت متكلماً به^(٤) .

فصل [٦ - في طلاق السفية]

قال مالك : والسفية في حاله ، ليدخوع في عقبه يزمه طلاقه^(٥) .
قال الشيخ : لأنه من أهل التكليف ، وذ ليس في ذلك إتلاف ماله ،
وكتفه ثم ولده .

فصل [٧ - في طلاق الصبي]

قال مالك : ولا يجوز طلاق الصبي حتى يحتسم^(١) ، لأنه رفع عنه القلم إلى
ذلك لوقت ، قال الله عز وجل : ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾^(٢)
الآية^(٣) ، فجعل العرض عليهم ببلوغ ، ولأن طلاقه إزالة ملك كالعق ، فكما
لا يلزمه العتق كذلك لا يلزمه الطلاق^(٤) .

(١) سورة النحل : آية ١٠٦ .

(٢) سورة آل عمران : آية ٢٨ .

(٣) أخرجه ابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره واساسي ٦٥٩/١ رقم (٢٠٤٥) ،
والدارقطني ، كتاب النذور ١٧١، ١٧٠/٤ رقم (٣٢) ، وابن حبان ، كتاب أخباره صلى الله
عليه وسلم عن مناقب الصحابة رجالها ونسائهم ، باب فضل الأمة ١٧٤/٩ رقم (٧١٧٥)
وصححه ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢١٦/٢ رقم (٢٨٠١) وقال : صحيح على شرط
الشيخين ، ووافقه الذهبي .

(٤) أي ولا إثم علي في ذلك لكونه سبب الإكراه ، وهو من عوارض التكليف كما هو معلوم .
أخرجه في المدونة ٢٩/٣ .

(٥)، (٦) انظر : للمصدر نفسه ٢٥/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٤ .

(٧) سورة التور : آية ٥٩ .

(٨) انظر : للمعونة ٨٤٠/٢ .

قال الشيخ : انظر إلى الفرق بين طلاقه وعتقه .

فصل [٨ - في طلاق الكافر]

قال مالك : وإذا أسلمت الذمية وروحها ذمي ، فطبقها وهي في^(١) عدتها لم يزمه طلاقه ، وإن أسلم بعد ذلك^(٢) .
وقد أحبط الله عز وجل عمل أهر^(٣) الكفر في كتابه^(٤) ، وقال صلى الله عليه وسلم : "الإسلام يَجِبُ ماقبله"^(٥) .

فصل [٩ - في طلاق العبد]

قال في كتاب النكاح : وطلاق العبد طلقتان ، وأجله في الفقد والاعتراض والإيلاء نصف أجل الحر^(٦) .
قال الشيخ : وإنما قال ذلك لأن هذه الأشياء كالحدود ، وتجرؤ إلى ما يوجبها وقد قال الله عز وجل في الحدود : ﴿مَعْلِيَهُنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾^(٧) فوجب أن يكون طلاقه طلقتين ، لأن الواحدة لا تنقسم فحُجِرَ عليه .
قال في كتاب الإيلاء : ولو طلق العبد زوجته تطليقة ، ثم عتق فأما تبقى له عليها طليقة واحدة ، لأنه كان طلق نصف طلاقه^(٨) .

(١) "في" ليست في ز .

(٢) انظر : للدونة ٢٥/٣ .

(٣) "أهل" ليست في أ .

(٤) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ سورة المائدة : آية ٥ ، ومافي معناها من الآيات .

(٥) سبق تخريجه ص ٣٦٦ .

(٦) انظر : للدونة ٢٠٠/٢ .

(٧) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٨) انظر : المدونة ١٠٤/٣ .

[الباب التاسع] في اللغو في الطلاق ومسائل من الأيمان به^(١) مختلفة

ولم يذكر الله عز وجل لغو اليمين إلا في اليمين بالله عز وجل^(٢) ، فلا يكون ذلك في طلاق ولاعتاق ولاغيره ، وكذلك الاستثناء بمشيئة الله عز وجل .
قال مالك : ومن حلف بالطلاق عسى مايقن أنه كذلك ، ثم ظهر خلافه لزمه الطلاق ، وقاله عدد من السلف^(٣) ، وبه قضى عمر بن عبد العزيز في الحالف بطلاق إحدى نسائه على ناقة أقبلت أنها فلانة ، فإذا هي ليست هي أن تطلق^(٤) التي نوى من نسائه ، وإن لم ينو واحدة طلقن كلهن^(٥) .
قال ربيعة : ومن بتاع سعة فحلف لرجل بالطلاق ليخبرنه بكم أخذها ، فأخبره أنه أخذها بدينار ودرهمين ، ثم ذكر أنه أخذها بدينار وثلاثة دراهم ، قال : إن ذكر أنه أقل أو أكثر فهو حاث^(٦) .
أبو محمد : يريد أن المحلوف له مات قبل أن يخبره ، أو ضرب له^(٧) أجلاً فحاوله^(٨) .

-
- (١) "من الأيمان به" ليست في أ ، و"به" ليست في ز .
(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ .
سورة المائدة : آية ٨٩ .
(٣) وهم عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وابن مسعود وسليمان بن يسار وسالم والقاسم بن محمد وابن شهاب الزهري . انظر : المصدر نفسه ٢٧/٣ .
(٤) "أن تطلق" ليست في أ ، ب .
(٥)، (٦) انظر : المصدر نفسه ٢٥/٣ ، ٢٦ ، تهذيب المدونة ص ١١٤ .
(٧) له "ليست في ز .
(٨) تهذيب الطالب ل ٤٥ / ب .

قال الشيخ : ونحوه لبعض فقهاءنا القرويين أنه قال معنى قول ربيعة :
يخبرنه ، أي : ليخبرنه الساعة ، فلذلك حثته ، هذا معنى قوله^(١) .
ومن المدونة : قال ابن شهاب : ومن حلف بالطلاق إن كلم فلاناً ، فكلمه
ناسياً فقد حث^(٢) .

قال الشيخ : واحتج البخاري في تنسيان واغسلط في الطلاق^(٣) بقول النبي
صلى الله عليه وسلم : "[إِنَّمَا] ^(٤) الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَكُلُّ أَمْرٍ مَاتَوَى" ^(٥) ، قل :
وتلا الشعبي قوله تعالى : ﴿رَبِّتَ لَاتَوَاحِدَنَ إِن تَسِينَا أَوْ أَخْطُنَا﴾ ^(٦) ^(٧) .
ومن المدونة : قال عطاء بن أبي رباح^(٨) وسعيد بن المسيب ومالك واليث
لا استثناء^(٩) في الطلاق بمشيئة الله عز وجل .

قال ربيعة : وإن حلف بطلاق امرأته إن ضرب جاريتها ، فرماها بحجر
فشجها ، أن زوجته تطلق عليه .

(١) والذي ذكر عبد الحق عن أبي عمر أنه قد : بما هذا عندي كأنه قصد ليخبرنه للوقت
بالصدق فأخبره ، ثم بين له أنه أخبره بغير الصدق فهو حائث .

مصدر نفسه ل ٤٥/ب .

(٢) انظر : المدونة ٢٥/٣ .

(٣) 'في الطلاق' ليست في أ ، ب .

(٤) من الصحيح .

(٥) سبق تخريجه ص ٤٥٩ .

(٦) سورة البقرة : آية ٢٨٦ .

(٧) انظر : صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ، باب الصلح في لإغلاق والمكره والمسكران
والجنون وأمرهما والغسل والتنسيان في الطلاق ١٦٨/٦ .

(٨) هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح أسلم القرشي مولاهم المكي ، أحد أئمة التابعين ، فقيه ، عام ،
كثير الحديث ، حدث عن عائشة وأم سلمة وأبي هريرة وابن عباس وغيرهم . توفي سنة
١١٤ هـ .

انظر : الصبغات ٢٠/٥ ، سير أعلام النبلاء ٥٥٢/٥ ، شذرات الذهب ١٤٧/١ .

(٩) في أ "لا استثناء" ، وهو تحريف .

قال : ومن حلف على معصية كقوله : أنت صالق لأشربن حمراً ، أو بعض ما حرم الله عز وجل عليه ، ثم رفع إلى يمام فليطبق ، عليه مكانه . [١٥٣/١]
وكذلك قوله : لأضربن فلاناً ، إلا أن يجب له ضربه بحق فيدخل عليه الإيلاء.

قال ابن شهاب : وإن حلف بالطلاق ليفعلن كذا - يريد مما يجوز له - إلى أجل ، لم يُحل بينه وبين امرأته . فإن لم يؤخر ، ضرب له أجل لإيلاء ، فإن فعل ما حلف عليه فبسبيل ذلك وإلا فرق بينه وبين امرأته صاغراً قميئاً^(١) .
قال ابن وهب : قل ربيعة والليث فيمن حلف بطلاق امرأته ليتزوجن عليها فإنه يوقف عن وطئها ، ويضرب^(٢) له أجل المولي .
قال الليث وعطاء بن أبي رباح : فإن لم يتكح عليها^(٣) حتى يموت توارثا .
قال عطاء : وأحب إلي أن يبر في يمينه [قبل ذلك]^(٤) .
وهذا مستوعب في كتاب الإيلاء^(٥) .

(١) "صاغراً قميئاً" مكانها بياض في أ .

(٢) قميئاً أي دليلاً ، قال ابن فارس : القاف والميم وغرف الممثل كلمة تسدل على حقارة وذم ، يقال : هو قميئ بين القمماء ، أي احقارة ، وأقميته أن : أذلت . معجم مقاييس اللغة ، مادة (قَمَا) .

(٣) في أ ، ب "أو" بدل الراو .

(٤) "عياها" ليست في أ ، ب .

(٥) من المدونة .

(٦) انظر : المدونة ٢٦/٣ ، ٢٧ .

(٧) وسيأتي وهو الكتاب الحادي عشر .

[الباب العاشر]

ففي خيار الأمة تعتق وهي تحت عبد

[فصل ١ — في مشروعية تخيير الأمة
التي تعتق وهي تحت عبد]

روى ابن وهب أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لبريرة إذا عتقت وكانت تحت عبد : "أنت أملك بنفسك ، فإن شئت أقميت مع زوجك ، وإن شئت فارقت مام بمسك"^(١) ، وقال جماعة من الصحابة رضي الله عنهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إن الأمة إذا عتقت وهي تحت عبد فأمرها بيدها ، فإن هي أقرت حتى^(٢) يطأها فهي امرأته لا تستطيع فراقه"^(٣) .

قال ربيعة ويحيى بن سعيد^(٤) : وإن مسها ولم تعلم بعقها فهي على خيارها حتى يبلغها^(٥) .

(١) قصة عتق بريرة وتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم لها في الصحيح وقد سبق تخريجه ، نظر ص ٨٣ .

وهذا الحديث منقول من المدونة وسندها حسن ، انظر : المصدر نفسه ٣١/٣ ، وأخرجه أبو داود بلفظ "إن قريك فلاحيار لك" كتاب الاطلاق ، باب حتى متى يكون لها الخيار ٦٧٣/٢ رقم (٢٢٣٦) .

(٢) في أ ، ب "حين" ، وهو تصحيف .

(٣) أخرجه سحنون في المدونة ٣١/٣ وسندها حسن ، والحديث أخرجه أبو داود موصولاً عن عائشة رضي الله عنها وهو الحديث السابق ، وقد ذكره هيثمي عن عمرو بن أمية وقال : رواه أحمد متصلاً ومرسلًا وفيه ابن هبة وحديثه حسن وبقي رجاله ثقات .

يجمع الزوائد ، كتاب الاطلاق ، باب تخيير الأمة إذا عتقت وهي تحت العبد ٣٤١/٤ .

(٤) قال ربيعة ويحيى بن سعيد "ليست في ز .

(٥) المدونة ٣١/٣ .

قال عبد الوهاب : وإنما كان لها الخيار لأن حرمتها زادت على حرمة ، فلها أن لاترضى به ، ولأخيار لها تحت الحر ، خلافاً لأبي حنيفة^(١) ، لقول عائشة رضي الله عنها : خير رسول الله صلى الله عليه وسلم بريرة وكانت تحت عبد^(٢) ، ولو كان زوجها حراً ماخيرها ، ومثل هذا لا يكون إلا بتوقيف ، ولأن حرمتها ليست بزيادة على حرمة ، بخلاف العبد .

قال : واختيارها نفسها طلاق ، لأنه ليس يفسخ غالباً ، إذ لها المقام عليه ، وتكون طلاقاً بائنة ، لأنه خيار في زوان العصمة كالخلع ، ولو كان له الرجعة لم يفدها الخيار شيئاً ، وفي تطبيقها نفسها زيادة على الواحدة روايتان .
فوجه قوله : إن لها ذلك ، فلأنها ملكت من أمرها ما كان الزوج يملكه ، فكان لها أن توقع ما كان له أن يوقعه .

ووجه قوله : إنه ليس لها أكثر من واحدة ، هو أن الغرض إزالة العصمة ، فإذا زالت بالواحدة فالزيادة عليها إضراراً لافائدة فيه^(٣) .

[فصل ٢ — فيما يكون به خيارها من الطلاق]

ومن المدونة . قال مالك : وإذا عتقت الأمة - ابن لمواز : أو من فيها بقية رق - وهي تحت عبد^(٤) حيل بينهما حتى^(٥) تختار ، ولها الخيار بطلقة ، وتكون^(٦) بائنة ولا رجعة له : إن عتق في العدة ، لأن كل فرقة من قبل سلطان فهي طلاقاً بائنة وإن لم يؤخذ عليها^(٧) . مل .

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٨٢ ، مختصر القدوري مع شرحه للباب ٢٤/٣ .

(٢) سبق تخريجه ص ٨٣ .

(٣) انظر : المعونة ٨٦٧/٢ ، ٨٦٨ .

(٤) 'عبد' ليست في أ ، ب .

(٥) في أ ، ب "حين" .

(٦) 'وتكون' ليست في ز .

(٧) في أ ، ب "لها" .

قال ابن القاسم : وإن قادت حين عتقت : اختارت نفسي ، ولانية لها ، فهي طليقة بائنة ، لا أن تنوي أكثر فيلزم مانوت ، لأن مسكاً كن يقول مرة : ليس لها أن تطلق نفسها أكثر من واحدة بائنة ، فذلك رأيت إذا لم تكن لها نية أنها واحدة بائنة .

قال مالك : ولو طلقت نفسها أكثر من واحدة ، أو ألبته بعد بناء ، لزم ، ولم تحل له إن طلقت اثنتين فأكثر . لا بعد زوج ، لأن الاثنتين جميع صلاق بعد . وكذلك إن فترقت بواحدة وقد تقدم به فيها طليقة ، فلا تحل له إلا بعد زوج . وأول قول مالك : إنه ليس لها أن تختار بأكثر من واحدة ، ثم رجع إلى^(١) أن ذلك لها عسى حديث زبراء .

وقد ذكر مالك أن زبراء حين^(٢) عتقت تحت عبد ، قات لها حفصة : إن لك الخيار ، / فطلقت نفسها ثلاثاً^(٣) (٤) .

ابن المواز : وإذا كان الزوجان نصرانيين لمسلم فأعتقت الأمة فلها الخيار ، لأنها مسلمة^(٥) .

ابن سحنون : واختلف إن كان لنصراني^(٦) .

(١) في ز "على" .

(٢) "حين" ليست في أ .

(٣) سبق تخريجه ص ٩٦ .

(٤) انظر : المدونة ٣٠١/٣ ، ٣٢٢ ، بهذيب المدونة ص ١١٤ .

(٥) التواتر والزيادات ل ٢٩٧/ب .

(٦) فقال أصيبغ : يحكمهم هم بحكم أهل الإسلام ، وقال سحنون : لم أعرض هم ولم أحكم بينهم .

انظر : المصدر نفسه ل ٢٩٧/ب .

[فصل ٣ — فيمن لم تختَر حتى عتق زوجها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولها الخيار عند غير السلطان ، فإن لم تختَر حتى عتق زوجها ، أو كان عتق الزوجين في كلمة واحدة^(١) فلا خيار لها . قال : ولا تختار في الحيض ، فإن فعلت لزم^(٢) .

قال في العتبية : فإن لم تختَر حتى عتق زوجها قبل أن تطهر فلا يقطع ذلك خيارها ، ولها الخيار إذا طهرت ، لأنه كان وجبها وإنما منعها منه حيضتها^(٣) .

قال الشيخ : ولو قال قاتل : ألا خيار لها ، لم أعبه ، لأن زوجها قد عتق قبل خيارها ، وسأوت حرمتها حرمتها ، فوجب سقوط خيارها كما لو جهت أن لها الخيار فم تختَر حتى عتق زوجها أنه لا خيار لها .

ابن الموز : ولو بيع زوج الأمة بأرض غربة مطنت أن ذلك فراق ، ثم عتقت فلم تختَر [نفسها]^(٤) حتى عتق زوجها فلا خيار لها ، وقاله مالك^(٥)^(٦) .

[فصل ٤ — فيمن تأخر علمها بالعتق]

ومن المدونة : قال مالك : ولو بلغها العتق بعد زمان ، وهو يطوؤها فلها الخيار حين علمت .

قال : ولها الخيار في مجلسه الذي عمت بالعتق فيه ، أو بعد ذلك ما لم توطأ^(٧) .

(١) "واحدة" ليست في ز .

(٢) نظر : المدونة ٣٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٤ .

(٣) فلم يكن منها تفريط .

انظر : العتبية مع البيان ولتحصيل ٢٨٤، ٢٨٣/٥ .

(٤) من النوادر والزيادات .

(٥) "وقاله مالك" ليست في ز .

(٦) النوادر والزيادات ل ٢٩٧/ب .

(٧) انظر : المدونة ٣٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٤ .

ابن المواز : وإذا عمت بالعتق فادعى الزوج بعد أيام أنه وطئها فأنكرت ، فإن علم أنه كان يخلو بها ، أو أقرت له بالخلوة ، فهو مصدق مع يمينه ، وإن لم يعلم ذلك ولم تقر له بها صدقت بغير يمين^(١) .

[فصل ٥ — فيمن وقفت سنة بعد العتق ولم توطأ]

ومن المدونة : ولو وقفت سنة فمَنَعَتْ^(٢) نفسها ولم توطأ ، ثم قالت : لم أسكت رضئ بالمقام ، صدقت ولا يمين عليها كالتملك .
وقد قال مالك : لا يجلفن النساء في تملكك ، ثم لها الآن^(٣) أن تختار ، فإن كان وقوفها رضئ بالزوج فلا خيار لها بعد أن تقول : رضيت بالزوج .
قال مالك : ولو وطئها بعد علمها بالعتق وجهلت أن لها الخيار ، أو علمت فلا خيار لها بعد ذلك^(٤) .

[فصل ٦ — فيمن عتقت تحت عبد وهو غائب]

ومن كتاب محمد : وإذا أعتقت أمة تحت عبد وهو غائب فاختارت نفسها ، قال أصبغ : قال ابن القاسم : أمر هذه وأمر النصرانية التي تسلم وزوجها غائب سواء ، إن كان الزوج قريب الغيبة كتب في أمره خوفاً أن يكون عتق قبلها ، وإن كان بعيداً فخافت على نفسها الضرر في التوقيف رأيت أن تتزوج إذا انقضت عدتها ، فإن قدم بعد انقضاء العدة قبل أن تتزوج ، أو بعد أن تزوجت وقبل أن يدخل بها الآخر كان أحق بها ، كان قد أسلم ، أو عتق قبل إسلامها أو عتقها ،

(١) انظر : النوادر والزيادات ٢٩٧/ب .

(٢) في زيادة "من" .

(٣) "الآن" ليست في أ .

(٤) انظر : المدونة ٣/٣٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٤ .

أو بعد فهو أحق بها إلا أن يدخل بها الثاني ، فيكون الثاني أحق بها ، وإن كان إسلام الأول أو عتقه قبل إسلامها ، أو عتقها فالأول أحق بها وإن دخل بها ثاني ووددت الأولاد ، وليس ذلك عندهما^(١) مثل إذا كان إسلامه بعد إسلامها ، أو عتقه بعد عتقها .

قال ابن الموار : وهذا أحب إلينا ، وهو مما لم يكن يجب عليها فيه عدة .
قال أصبغ : وتصير^(٢) كالنعي ها زوجها ، وكالعبد يجب له وعيه^(٣) حكم العبد . ثم يثبت أنه حر قبل ذلك بعنق سيده ، أو بغير ذلك ، أنه يرجع إلى حكم الأحرار ، ولا يضر^(٤) ذلك إجهانه .
وكذلك في الطلاق والعدة ، وترد الأمة والعبد إلى بقية الطلاق للحر . وبقية عدة الحرية .

وإذا بادرت المعتقة في القريب الغيبة فاختارت نفسها نزم ذلك . وكفى به ، ثم إن نكحت وثبت أنه عتق في عدتها فلا سبيل لقدام إليها ، وكذلك لو لم تتزوج ولا حاجة له بقرب غيبته ، وهو كاحاضر .

وكذلك التي أسلمت والزوج قريب الغيبة فيستحب أن يتزبص لاستبراء أمره فإن بدرت فنكحت ، ثم قدم وثبت / أنه أسسم في عدتها فلا حاجة له ، ويكتفى [١/١٥٤] بتلك العدة لها عدة .

وروى ابن حبيب عن أصبغ : إن ظهر عتقها ولم يظهر عتقه وهو حاضر فاختارت نفسها ، وقد كان أعتق زوجها قبلها ، ثم تزوجت الآن فزوجها الأول أحق بها وإن دخلت . وإن كان غائباً لم يكن أحق بها إلا أن يدركها قبل الدخول^(٥) .

(١) أي عبد الملك وأصبغ .

(٢) "وتصير" ليست في أ .

(٣) في ز "يجي عيه وه" .

(٤) في ز "ولا يغير" .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٩٨ / ١ .

[فصل ٧ — فيمن أعتق نصفها ، وفي الخيار قبل العتق]

ومن المدونة : قل : وإن أعتق نصفها تحت عبد ، أو جميعها تحت حرٍ فلا خيار لها .

قل بن شهاب : وإن أعتقت قبل أن يدخل بها وقد فرض لها فاختارت نفسها فلا صداق لها ، لأنها هي تركته ولم يتركها ، وإنما قال الله عز وجل : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ﴾ ^(١) الآية ، فليس هو فارقها ولكن هي فارقته ، وقاله ربيعة ويحيى بن سعيد ^(٢) .

قل مالك في العتبية في أمة تحت عبدٍ أشهدت أنها متى ما عتقت ^(٣) تحتها فقد اختارت نفسها أو زوجها : فليس ذلك بشيء ^(٤) .

قال في كتب ابن سحنون وغيره : وأما الحرية دت الشرط في النكاح والتسري تقول : أشهدوا متى فعن زوجي كذا فقد اختارت نفسي ، فذلك لها ^(٥) ^(٦) وقال المعيرة : هما سواء ، ولا شيء لهما ، وهاتان المسألتان التين سأل عبد المالك عن الفرق بينهما فقال له مالك : أتعرف دار قدامة؟ ^(٧) ^(٨)

(١) تسبها : ﴿ وَزَقَدَ قَرَضْتُمْ هُنَّ فَرِيضَةً فَنَصَفَ مَقَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يُغْفَرُوا أَوْ يُغْفَرُوا لِي بِسَبِّهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ الآية . سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٢) انظر : المدونة ٣/٣٤ .

(٣) في ز " أنها هي عتقت " ، وهو تحريف .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٢٣٩ .

(٥) في ز " بينهما " .

(٦)، (٧) لنوادير والزيادات ل ٢٩٨/١ .

(٨) قال ابن رشد مبيناً ذلك : وكانت دارٌ يلعب فيها بأحكام ، معرضاً له - أي لعبد المالك - بقلة التحصيل فيما سأله ، وموجباً له على ترك إعمال نظره في ذلك ، حتى لا يسأل إلا سؤالاً مستقيماً في أمر مشكوك ، ولعمري إن مثل ابن الدجشون في فهمه وجلالة قدره لحري أن يربخ على مثل هذا السؤال ، لأن ما كماً لم يفرق بين الحرية والأمة كما قال ، وإنما فرق بين خيار أوجبه الله بالشرع على لسان نبيه للزوجات ، إلا ما على أزواجهن العبيد بشرط عتقهن بغير اختيار أزواجهن ، وبين خيار شرطه الزوج باختياره لزوجته حرة كانت أو أمة . انظر : البيان والتحصيل ٥/٢٣٩ ، ٢٤٠ .

قال الشيخ : والفرق عندي بينهما: أن الأمة إنما يجب لها الخيار إذا عتقت ، والعنق لم يقع بعد فقد سلمت ، أو^(١) أوجبت شيئاً قبل وجوبه لها ، فلم يلزم كتارك الشفعة قبل أن يستوجبها ، والحرّة قد أوجب لها زوجها الشرط إن فعل ، وملكها منه ما كان يملكه ، فيها أن تقضي به عليه قبل أن يفعل إن فعل كما كان ذلك له أن يلزمه نفسه قبل أن يفعله متى فعله ، وبالله التوفيق .

(١) "أو" مكانها بياض في أ ، ب .

[الباب الحادي عشر] في طلاق المريض ونكاحه وغير ذلك من أحكامه

[فصل ١ — في طلاق المريض]

ولما منع الرسول عليه الصلاة والسلام لمريض من الحكم في ثلثي ماله الموروث بما ينقص ورثته منه^(١)، كان ممنوعاً أن يدخل عليهم وارثاً، أو يخرج منهم وارثاً. ولما منع الرسول عليه الصلاة والسلام القتات الميراث بما أحدث من القتل^(٢) انبغى أن لا يكون المريض منعاً لزوجه الميراث بما أحدث من الطلاق. ولا فرق بين وارثين أحدهما يدخل في ميراث بوجه فيمنع من أجله، وآخر قد أخرج بمثل ذلك الوجه.

قال الشيخ : لأن لقاتل أراد أن يستوجب بفعله حقاً لم يجب له بعد^(٣)، فمَنَعَهُ، وكذلك المريض أراد أن يمنع بفعله حقاً عن من وجب له فمَنَعَهُ^(٤)، وكما لم يكن للمريض أن يدخلها في ميراث بتزويجه إياها فيه، كان^(٥) كذلك لا يخرجها من الميراث بطلاقها فيه.

(١) يشير إلى منعه عليه الصلاة والسلام سعد بن أبي وقاص من الرصية بأكثر من ثلث ماله . وقد سبق تخريجه ص ٢٥٩ .

(٢) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "ليس لقاتل من الميراث شيء" . أخرجه ابن ماجه ، كتاب النديت ، باب القاتل لا يرث ٨٨٤/٢ رقم (٢٦٤٦) وإسناده حسن كما في الزوائد ، والبيهقي ، كتاب الفرائض ، باب لا يرث القاتل ٣٦٠/٦ رقم (١٢٢٣٦) - ١٢٢٤٥) وقد أخرجه بعدة طرق مرسلة وموصولة وقال : شواهده تقويه . وقال ابن حجر عنه : قرأه ابن عبد البر . وأعلّله النسائي ، ولصواب وقفه على عمرو بن العاص . انظر : بلوغ الحرام ص ١٩٧ .

(٣) "بعد" ليست في ز .

(٤) لأن كل من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه .

(٥) "كان" ليست في ز .

وقد قضى به^(١) عثمان^(٢) رضي الله عنه بمحضصر المهاجرين والأنصار^(٣) ، وقاله عمر وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما^(٤) .

قال مالك : وإذا طلق المريض امرأته قبل البناء فلها نصف الصداق ، وترثه إن مات من مرضه ذلك ، ولاعدة عليها لوفاة ، لأنها مطبقة^(٥) ، ولاعدة عليها بطلاق ، لأنه قبل البناء ، وإن دخل بها ، ثم طلقها في مرضه طلاقاً بائناً فعليها عدة الطلاق ، وترثه ، ولا تنتقل إلى عدة الوفاة إن مات في العدة ، لأن الطلاق بائناً ، ولو كان طلاقاً يملك فيه رجعتها انتقلت إلى عدة الوفاة إن مات في العدة ، وإن انقضت العدة قبل الوفاة فلها الميراث ولاعدة عليها من الوفاة .

والمطلقة في المرض لو تزوجت أزواجاً كل يطبقها في مرضه لورثت كل من مات منهم وإن كانت الآن تحت زوج .

قال مالك : ومن طلق في مرضه واحدة^(٦) ، / ثم صح ، ثم مرض فمات [١٥٤/ب من المرض الثاني ورثته إن مات وهي في العدة .

وإن كان طلاقه إياها ألبتة لم ترثه وإن مات في عدتها إذا صح فيما بين ذلك صحة بيئة ، لأنه يصير كأنه أوقع الطلاق في الصحة .

قال : وإن طلقها واحدة في مرضه ، ثم صح ، ثم مرض فأردفها طليقة ، أو أبتّها لم ترثه إلا أن يموت وهي في العدة من الطلاق الأول ، لأنه في الطلاق الثاني ليس بفارٍ إلا أن يرتجعها من الطلاق الأول ، ثم يطلقها في مرضه الثاني فترثه وإن انقضت عدتها ، لأنه بارتجاعها صارت كسائر أزواجه ، وصار بالطلاق الثاني فاراً من الميراث .

(١) أي جوريثها من مطلقها المريض بعد انقضاء عدتها .

(٢) في زيادة "عمر" .

(٣) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المريض ٤٤٨/٢ رقم (٤٠-٤٢) .

(٤) أثر عمر أخرجه البيهقي ، كتاب الحلع والصلاق ، باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت ٥٩٥/٧ رقم (١٥١٣١) .

وأثر علي أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المريض ٤٤٨/٢ رقم (٤٣) .

(٥) "لأنها مطبقة" ليست في ز .

(٦) "واحدة" ليست في ز .

والمبتوتة في المرض إن ماتت قبله ، ثم مات من مرضه ذلك لم ترثه ، ولا يرث ميتٌ من حيٍّ مات بعده ، ولا يرثها إن كان طلقها ألبتة ، أو واحدةً فانقضت عدتها .

وإن قال لها في صحته : إن قدم فلان ، أو قال : إن دخلت بيتاً فأنت طالق ، فقدم ، أو دخلت في مرضه ، لزمه الطلاق ، وورثته إن مات فيه .
وكذلك كسر طلاقٍ وقع في مرضه بخلع ، أو تخيير ، أو تمليك ، أو إيلاء ، أو لعانٍ فإنها ترثه .

قال مالك : وإن أقر مريض أنه طلق في صحته ورثته ، وعليها عدة الطلاق من يوم أقر ، فإن كان إقراره بطلاقٍ غير بائن ، ثم مات وهي في العدة انتقلت إلى عدة بوفة وورثته . وإن انقضت عدتها من يوم أقر بما أقر به فلها الميراث ولا عدة عنها^(١) .

فصل ٢ — فيمن له حكم المريض في طلاقه

قال مالك : ومن قُرِّبَ لِحِدِّ^(٢) من قطع يده ، أو رجله ، أو جسدٍ فطُبق امرأته^(٣) ، حيثُشد ، ثم مات من ذلك ، فإن خيف عليه من ذلك الموت فهو كالمرريض .

قال مالك : وحاضر انزحف ، ومن حُبِسَ للقتل له حكم المريض في ذلك .
قت : فمن طلق زوجته وهو في سفينَةٍ في لُحَجِ البحر ، أو النِيل ، أو لُقِرَتِ أو الدَّجَلَة ، أو بَطَاحِ البصرة؟^(٤)

(١) انظر : المدونة ٣/٣٤٠، ٣٥٠، تهذيب المدونة ص ١١٤، ١١٥ .

(٢) في ز "ومن أقر بعد" ، وهو تحريف .

(٣) "امرأته" ليست في أ ، ب .

(٤) بطائح البصرة : هي أرض وسعة بين واسط والبصرة ، سميت بذلك لأن أنبياء تبطّحت فيها .

أي سالت واتسعت في الأرض ، وكانت قديماً قرى متصلة وأرضاً عامرة .

انظر : معجم لبلدان ١/٤٥٠ .

قال : قال مالك : إذا أصاب أهل البحر النوء^(١) والريح السديدة فخافوا الغرق ، فاعتق أحدهم عبداً في تلك الحال فهو من رأس مال ، ولا يشبه هذا الخوف .

وقد روي عن مالك : إن أمر راكب البحر في الثلث .

- قال ابن الموار : وانطلاق على نحو هذا من الاختلاف - .

وأما المفلوج^(٢) ، وصاحب حمى الربيع^(٣) ، والأجذم ، والأبرص ، والمقعد^(٤) وذو الجراح والقروح ، فما أرقده من ذلك وأضناه وبلغ به حد الخوف عليه فله حكم المريض . وما م ينبغي به ذلك فله حكم الصحيح ، فَرُبَّ مفلوج ، أو يابس الجذام يتصرف ويسافر^(٥) .

قال ابن القاسم : فكأن من لا يجوز قضاؤه في جميع ماله فطلق في حالته تلك ، فلامرأته الميراث منه إن مات من مرضه ذلك^(٦) .

فصل [٣ - في الوصية للمطلقة في المرض ، وفيمن نكح فيه]

ولا تجوز الوصية للمطلقة في المرض وإن تزوجت أزواجاً ، لأنها وارثة ، فإن قتلته في مرضه خطأ بعد أن طلقها فالدية على عاقلتها ، وترث من ماله دون الدية ،

(١) المراد بالنوء هنا المطر ، انظر : المصباح المنير ص ٦٣٢ .

(٢) المفلوج : هو من أصابه الفالج : وهو ريح يأخذ الإنسان فيذهب بشقه . وقد فُلج فلجاً فهو مفلوج . انظر : للسان ، مادة (فَلَج) .

(٣) الربيع في حمى : إتيانها في اليوم الرابع . وذلك أن يحتم يوماً ويترك يومين لا يحتم ، ويحتم في يوم الرابع ، وهي حمى ربيع ، وقد رُبِعَ الرجل فهو مَرَبوع ومَرَّع وأَرَّيع . انظر : المصدر نفسه مادة (رَبَّع) .

(٤) والمقعد ليس في ز .

(٥)، (٦) انظر : المدونة ٣/٣٦، ٣٥ ، تهذيب المدونة ص ١١٥ .

وإن قُتِلَ عَمْدًا لَمْ تَرِثْ مِنْ مَالِهِ وَقُتِلَتْ بِهِ^(١) ، فَإِنْ عَفِيَ عَنْهَا عَلَى مَا لَمْ تَرِثْ مِنْهُ أَيْضًا^(٢) .

قال مالك : ومن تزوج في المرض - ثم طلق فيه ، أو لم يطلق فلا ترثه ، وهو نكاح لا يقر ، ولا صداق لها إلا أن يكون قد دخل بها في مرضه فيها لصداق في ثلثه مبدئاً على الوصايا^(٣) .

قال ابن القاسم : وإن سُمِّيَ لها أكثر من صداق مثلها كان لها صداق مثله مبدئاً في الثلث على الوصايا بالعتق وغيره ، إلا الدين فإنه يُدَّأ عليه ، لأنه من رأس المال .

وقيل : إن لها للمسمى في الثلث مبدئاً وإن كان أكثر من صداق المثل ، وروى عن مالك .

واختلف في الزائد على صداق المثل ، فقيل : يبطل ، قاله ابن القاسم ، وقيل : تخص به الوصايا^(٤) .

واختلف / فيه قول مالك إذا صح^(٥) ، فقال : يثبت النكاح ، وقال : يفسخ ، [١٥٥/أ] وقد تقدم هذا في كتاب النكاح^(٦) .

(١) "به" ليست في أ ، ب .

(٢) ، (٣) ، (٤) انظر : المدونة ٣/٣٦ ، ٣٧ ، تهذيب المدونة ص ١١٥ .

(٥) "إذا صح" ليست في ز .

(٦) انظر ص ٢٦٠ .

[فصل ٤ — فيمن ارتد في مرضه ومن طلق نصرانية أو أمة فيه]

ومن كتاب الإيمان^(١) بطلاق قال : ومن ارتد في مرضه فقتل عسى رده لم ترثه ورثته المسلمون ولا زوجته ، إذ لا يُتَّهَم أحدٌ بالردة على منع الميراث^(٢) .

ومن كتاب ابن المواز : وإن رجع مسلماً ، ثم مات في مرضه فلا ترثه .

قال ابن القاسم : وإن طلق المريض نصرانية ، أو أمةً ، ثم أسمت النصرانية أو عتقت الأمة بعد العدة ، ثم مات من مرضه ذلك لورثته ، وكذلك روى عنه أصح في العتبية^(٣) .

وقال سحنون : ولا يرثانه ، ولا يُتَّهَم في ذلك ، وكذلك في طلاق ألبنة إلا أن يطبق واحدة ويموت في العدة بعد أن أسمت هذه ، وعتقت هذه فيرثانه . وكذلك عنه^(٤) في كتاب ابنه .

قال : وإن مات بعد العدة ولم يرجع لم يرثاه^(٥) .

-
- (١) "كتاب الإيمان" ليست في ز .
- (٢) انظر : الملبونة ٣٧/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٥ .
- (٣) قال أصح : لأنه بهم أن يكون فرجهم حتى يحضي أن تسلم أو تعتق فترثه ، فما علم بذلك طلقها . انظر : لعتبة مع البيان والتحصيل ٤٥٣/٥ .
- (٤) "عنه" ليست في أ .
- (٥) النوادر والزيادات ل ٣٠٢/أ، ب .

[فصل ٥ — فيمن لاعن في مرضه ثم مات والمرضى يطلق زوجته قبل البناء ثم يتزوجها قبل صحته]

ومن المدونة : وإن قذفه في مرضه فلاعن ، ثم مات من مرضه ذلك ورثته وإن طلق مريض زوجته قبل البناء ، ثم تزوجها قبل صحته فلأنكاح لها إلا أن يدخل بها ، فيكون كمن نكح في المرض وبني فيه^(١) .

قال سحنون في كتاب ابنه : يريد أن هذا النكاح يفسخ قبل البناء لعله صداق الذي يعطيها ، فإذا دخل بها لم يفسخ ، لأن الصداق وجب بلينء وأما الميراث فهو ثابت - يريد : فيكون الصداق من الثلث مبدئاً .

وقد أنكر بعض فقهاءنا القرويين قول سحنون هذا وقال : يفسخ نكاحه وإن دخل ، لأن صداقه إنما هو من الثلث ، ولا يدري ما يحمل^(٢) الثلث منه ، فكيف يقر نكاحه ويباح له وطء امرأة صداقها غير مستقر . وليس كالنكاح بالفرر ، لأن^(٣) الفرر إذا بني فيه وجب صدق المثل لا ينقص منه شيء ، وهذا من الثلث ، ولا يدري ما يحمل الثلث^(٤) منه ، وظاهر الكتاب أنه يفسخ ، لأنه قال : وهو كمن نكح في مرض وبني فيه .

قال الشيخ : إلا أن يكون له مال مأمون يكون ثلثه أضعاف صداقها ، فيصح قول سحنون .

قال أبو عمران : ولو حمل جني عن الزوج صداقه^(٥) فلا يفسخ النكاح ، لأن الصداق قد ثبت للمرأة في مال الأجنبي . والميراث ثابت بالنكاح الأول ، ولو

(١) انظر : المدونة ٣/٣٨٠، تهذيب ص ١١٥ .

(٢) في أ ، ب زيادة 'من' .

(٣) في أ ، ب زيادة 'واو' .

(٤) "الثلث" ليست في ز .

(٥) "صداقه" ليست في أ .

كان ذلك على وجه الجمالة ، فهي كمسأة ككتاب^(١) ، لأن لأجنبي إنما يطلب بالصداق في عدم لزوج^(٢) .
قال الشيخ : يجب أن يثبت ، لأن الصداق ثابت لها على كل حال ، فانظر .

[فصل ٦ - في إرث المطلقة ممن لم يصح صحة بينة ومن طلق في مرض غير مخوف]

ومن المدونة : قال ربيعة : ومن طلق في مرضه ، ثم تماثل ، ثم نكس ، ورثته إلا أن يصح صحة بينة .
قال بن شهاب : ومن كان به مرض لا يُعاد منه ، رَمِدُ ، أو جَرَبٌ^(٣) . أو رِيح ، أو لِقْوَةٌ^(٤) ، أو فَتَقٌ^(٥) ، فطلق حيثن فإنها لا ترثه .
قال ربيعة : إنما ترثه في المرض المخوف^(٦) .

(١) أي مسألة إن طلق المريض زوجته قبل لبناء ، ثم تزوجها في مرضه .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٦ ب .

(٣) الجرب : معروف ، مثريعو أمدان لنس والإبل ، يقال : جَرِبَ يَجْرِبُ جَرَبًا فهو جَرِبٌ وجَرَبَانٌ وأَجْرَبَ . انظر : اللسان ، مادة (جَرَبَ) .

(٤) اللقوة : داء يأخذ في لوجه يعوج منه . يقال : رجلٌ ملقوٌ ، ولقي الإنسان .

انظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة (لَقِيَ) .

(٥) الفتق : علةٌ أو فتقٌ في مَرَأَقِ البطن . انظر : اللسان ، مادة (فَتَقَ) .

(٦) انظر : المسونة ٣٩،٣٨/٣ .

[الباب الثاني عشر]

فيمن طلق إحدى زوجتيه ثم مات ولم تعلم المطلقة
أو ماتت عن أم وابنتها ولم تعلم الأولى
أو عن خامسة غير معلومة

[فصل ١ — فيمن طلق إحدى زوجتيه
ثم مات ولم تعلم المطلقة]

قال ابن القاسم : وبلغني عن بعض أهل العلم فيمن نكح امرأتين فبنى
بواحدة ولم يبن بالأخرى حتى طلق إحداهما طلاقة ، ثم مات ولم تنقض العدة ،
وجعلت المطلقة ، فللمدخل به الصدق كاملاً ، وثلاثة أرباع الميراث ، وللي لم
يبن بها ثلاثة أرباع الصدق وربع الميراث^(١) .

قال الشيخ : ووجه / ذلك : أن المدخول بها قد وجب لها صداقها [١٥٥/ب
بالمسبس وتنداعي هي وصاحبته في الميراث ، فتقول لها : أنت المطلقة ولا ميراث
لك ، ولي جميعه ، وتقول التي لم يدخل بها : بل أنت المطبقة ولي نصفه ، فقد
سلمت لي لم يبن بها لصاحبته نصف الميراث ، وتنازعا في نصف الباقي ، فيقسم
بينهما نصفين بعد أيمانهما ، فيصير المدخول بها ثلاثة أرباعه ، وللأخرى ربعه ،
وتنداعي أيضاً بالورثة مع التي لم يبن بها في الصدق . فيقولون لها : أنت المطلقة
فلك نصف صداقتك ، وتقول هي : بل صاحبت المطلقة ولي جميعه ، فقد سلمو لها
النصف بلا منازعة . وتنداعوا في النصف الباقي فيقسم بينهما نصفين بعد أيمانهما ،
فيكون لها ثلاثة أرباع صداقها .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو مات بعد انقضاء العدة ، أو كان
الطلاق ثلاثاً ، أو مات قبل انقضائها فالصداق على ما ذكرناه ، والميراث بينهما
نصفين^(٢) .

(١) انظر : المصدر نفسه ٣٩٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٥ .

(٢) انظر : المدونة ٤٠/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٥ .

قال الشيخ : وعدة ذلك : أن كل واحدة تدعي أن صاحبها المطلقة ، والميراث لها خاصة ، فيقسم بينهما نصفين بعد الأيمان ، والعلة في الصداق كما تقدم^(١) .

ومن كتاب ابن سحنون : ولو كانت لواحدة مفوضاً إليها ولم تعم ، وطلق واحدة ولم تُعلم ، فللمدخول بها نصف المسمى ، ونصف صداق المثل ، وللي لم يدخل بها ثلاثة أثمان المسمى^(٢) .

قال الشيخ : ووجه ذلك : أن المدخول بها تدرءُ يجب لها المسمى وتارة صداق المثل ، فأعطيت نصف كل صداق ، والتي لم يبن بها يقول لها الورثة : أرأيت لو كنت أنت لمسمى لك ، وجهل بطلاقك ، أليس يجب لك ثلاثة أرباع الصداق ، على ما قدمنا؟ فتقول : نعم ، فيقولون لها : إنك أنت المفوض لها ، ولاشي لك منه ، وتقول هي : بل صاحبي ، ولي ثلاثة أرباع الصداق^(٣) ، فيقسم بينهما نصفين بعد الأيمان ، فيكون لها ثلاثة أثمان المسمى ، والميراث بينهما كما تقدم في المسألة الأولى .

قال^(٤) : ولو كانت المسمى لها معروفة والمدخول بها مجهولة فالميراث بينهما وللمسمى ها سبعة أثمان صداقها ، لأن نصفه ثابتٌ بكس حال ، ونصفه يثبت في ثلاثة أحوال ، ويزول في حال .

- قال الشيخ : يريد أنه يثبت في أن لا تكون مطلقة ، ومات قبل البناء ، ولا تكون مطلقة ، ومات بعد البناء ، أو تكون مطلقة بعد البناء ، ويزول في حال أن تكون المطلقة قبل البناء -

قال : فيسقط ربه ، وللي لم يسم لها نصف صداق مثلها ، لأن الصداق يثبت لها في حالين ويزول في حالين .

(١) أي في التعليل للمسألة السابقة .

(٢) . انظر : النواذر والزيادات لـ ١/٣١٧ .

(٣) "الصداق" ليست في ز .

(٤) أي ابن سحنون .

- قال الشيخ : يريد أن يثبت أن تكون مدخولاً بها مطلقة أو غير مطلقة ،
ويزول إلا أن تكون مدخولاً بها^(١) مطلقة أو غير مطلقة .
قال : فإن لم تعرف المسمى لها أيضاً ، قيل لها : معكما مسمى لها مجهولة
وحب لها سبعة أثمان المسمى كما ذكرنا . ومفوض إليها مجهولة لها نصف صداق
المثل ، فيقسم ذلك كله بينهم ، فإن كان صداق مثلها مختلفاً ، صداق هذه ستون
وصداق هذه أربعون ، فاجمع نصف هذا ونصف هذا يصير خمسين يكون بينهما مع
سبعة أثمان المسمى كما ذكرنا^(٢) .

[فصل ٢ - فيمن مات عن أم وابنتها ولم تعلم الأولى]

ومن المدونة : قال ابن لقاسم : ولو نكح أمّاً وابنتها في عقدين . ثم مات
ولم تعلم الأولى منهما ، فإن بنى بهما فلكل واحدة / صداقها المسمى ولا ميراث
لها^(٣) .

- قال الشيخ : لأن الصداق استحقاقه بالدخول ، وبما لم يكن لهما شيء من
الميراث ، لأن بالدخول بهما حرمتا عليه ، ووجب فسخ نكاحهما ، فهما في حكم
البائنتين قبل الموت ، فلم يجب لهما شيء من الميراث .
قال ابن القاسم : وإن لم يبن بهما فال ميراث بينهما ، ولكل واحدة نصف
صداقها اتفق أو اختلف^(٤) .

قال ابن مواز : بعد أن تخلف كل واحدة لصاحبها أنها هي الأولى .
قال الشيخ : لأن صداق الأولى وميراثها صحيح ، فلما لم تعرف ، ودعت
كن واحدة أنها الأولى أعصيت كن واحدة نصف صداقها ، لأنه يجب لها تارة ،
ويسقط تارة ، فوجب أن تعطى نصفه بعد يميناها ، وكذلك الميراث .

(١) "بها" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل ٣١٧/أ ، ب .

(٣) "ولاميراث لهما" ليست في ز .

(٤) انظر : للندوة ٤٠/٣ ، تهذيب للندوة ص ١١٥ .

ومن المدونة : قال ابن قاسم : وكذلك إن مات عن حامية غير معلومة^(١).

قال ابن نَبَّاد : وعنى الأم والابنة^(٢) عدة الوفاة ، لأن نكاح واحد صحيح ، ولا يدرى أيتهما هي ، ولو بنى بهما لم يزمهما غير ثلاث^(٣) حيض استبراء ، وإن بنى بوحدة معروفة فلها صداقها كله ، ونصف الميراث ، لأنها تُسَارِع لورثة فيه ، وقانه ابن حبيب^(٤).

وقال بن الموز : لاشئ له من الميراث لاحتمال أن تكون هي الآخرة ، فلاتورث بالشك .

قال : وقيل : له نصفه^(٥) ، ولا يعجبني^(٦).

قال ابن النَبَّاد : وعيها من العدة قصى الأجلين ، ولا شئ للتي لم يدخل بها من صداق ولا^(٧) ميراث ، ولا عدة عليها .

قال : وإن بنى بواحدة ولم تُعرف فلكل واحدة نصف صداقها ونصف الميراث بينهما نصفين .

قال الشيخ : وإنما ذلك لأن المدخول بها إن كانت الأولى فنكاحها ثابت ، وإن كانت هي الآخرة بطل نكاحها ونكاح الأولى ، فلما ثبت الميراث مرة وسقط أخرى أعطيتاهما نصفه ، والصداق تُنَازَع كل واحدة فيه لورثة ، فيكون لها نصف صداقها ، ونحوه لابن سحنون^(٨).

(١) كما سيأتي قريباً ، انظر المدونة ٤٠/٣ .

(٢) في أ ، ب "و" بدل الواو .

(٣) "ثلاث" ليست في ز .

(٤) انظر لقول ابن حبيب : النوادر والزيادات ل ٢٤٨/ب .

(٥) وهو قول ابن حبيب .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل ٢٤٨/ب .

(٧) "لا" ليست في أ ، ب .

(٨) في أ "لابن يونس" ، وهو خطأ .

[فصل ٣ — فيمن مات عن خمس نسوة ولم تعلم الخامسة]

قال الشيخ : وقال شيخنا عتيق بن عبد الجبار الفقيه : وإذا هلك عن خمس نسوة ولم تعلم الخامسة ، فالإراث بينهما أخماساً ، دخل بهن أو ببعضهن ، أو لم يدخل بواحدةٍ منهن ، وأما الصداق فمن دخل بجميعهن فلكل واحدةٍ صدقها المسمى ، لأنها استوجبت بالمسيس ، وإن لم يدخل بواحدةٍ منهن فليس لهن إلا أربع صدقاتٍ بينهما ، فيجب لكل واحدةٍ أربعة أخماس صدقها ، اختلفت الصدقات واتفقت .

وإن دخل ببعضهن فقد اختلف أصحابنا في ذلك ، فقال بعضهم : يكمل لمن دخل بها جميع صدقها ، وتبقى من لم يدخل بها على أصل القسمة ، يكون لها أربعة أخماس صدقها .

وقال بعضهم : وهو الصواب ، ونحوه لابن سحنون^(١) : يكون لمن دخل بها جميع صدقها ، ويتداعى الورثة مع من لم يدخل بها ، فيقسم ماتداعياً فيه بينهم . وبيان ذلك : إن دخل بواحدة ، أن الورثة يقولون للأربع البواقي : إنما كن ثلاثة صدقات ، لأن الخامسة فيكن ، ويقلن النسوة : بل لنا أربع صدقات والخامسة هي المدخول بها ، فهن ثلاث صدقات بلامدزعة ، ويتداعون في الرابع ، فيقسم بينهم فيكون للنسوة ثلاث صدقات ونصف ، فيقسم ذلك بينهما على أربعة ، فيكون لكل واحدةٍ سبعة أثمان صدقها .

وكذلك على قوله / لو دخل باثنتين ، لكان للبواقي تارةً صداقان إن كانت [١٥٦/ب] الخامسة فيهن ، وتارةً ثلاث صدقاتٍ إن كانت الخامسة في المدخول بهما ، فيكون لهن صداقان ونصف ، تأخذ كل واحدةٍ منهن خمسة أسداس صدقها ، ولو دخل

(١) انظر : المصنف نفسه ل٣١٧/أ .

بثلاثٍ لكان للثنتين الساتيتين تارةً صداقن . وتارةً صداق ، فلهما صداق ونصف ، يكون لكل واحدةٍ ثلاثة أرباع صداقها ، ولو دخل بالأربع لقال الورثة للبقية : أنت الخامسة فلاشيء لك ، وتقول هي : بر الخامسة في أولئك ولي جميع صدقي ، فيكون لها نصفه .

قال الشيخ . فيكون على هذا القول إذا دخل ببعضهن لنسوة أربع صدقت ونصف أبداً ، فيعطى لمدخول به جميع صداقها ، ويقسم ما بقي عسى من لم يدخل بها .

قل ابن حبيب : يعطى لكل واحدة^(١) ممن لم يدخل بهن نصف صداقها ، لأن المنازعة فيه بينها وبين الورثة ، والأول أصوب .

ولو طلق واحدةً منهن معومةً ، ثم مات ولم يدخل بواحدةٍ منهن لكان لهن^(٢) أربع صدقات لإلربع^(٣) ، لأن الورثة يقولون للمطلقة : إن كنت الخامسة فلاشيء لك ، وإن لم تكوني فلك نصف صداقك ، فتعطى ربع صداقها ، ويقولون للبقية : إن كانت الخامسة فيمكن فلك ثلاث صدقات ونصف^(٤) ، وإن كانت هي ابنة سبعة أئمن صدقات ، فيعطى ثلاث صدقات ونصفاً ، فيكون لكل واحدة سبعة أئمن صداقها ، وإن جُهِلت منطقة قُسمت الأربع صدقات للأربع بينهن ، فيكون لكل واحدة صداقها إلا نصف ثمنه^(٥) . والله أعلم .

(١) في زيادة "منهن" .

(٢) "هن" ليست في أ .

(٣) "إلربع" ليست في ز .

(٤) "ونصف" ليست في ز .

(٥) انظر هذه المسألة لأبي القاسم بن الكاتب في تهذيب الطالب ل ٤٧/ب .

[الباب الثالث عشر] في الشهادة في الطلاق والإقرار به والدعوى فيه

[فصل ١ - في الشهادة في الطلاق واختلاف الشهود به]

قال الله عز وجل : ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^(١) ،
وروى عمرو بن شعيب^(٢) عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
"إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت على ذلك بشاهد عدل استحلف زوجها ،
فإن حلف بطلت شهادة لشاهد . وإن نكر فنكوه بمنزلة شاهد آخر ، وجاز
صلاقه"^(٣) .

قال ابن القاسم : وإن شهد رجلان على رجل أنه طلق واحدة من نسائه
معينة^(٤) وقالوا : أنسيناها ، لم تجز الشهادة إن أنكرك الزوج ، ويحلف بالله مطلق
واحدةً منهن .

- وقال ابن المواز : لا يمين عليه - .

(١) سورة الطلاق : آية ١ .

(٢) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي السهمي ، مامٌ ، محدثٌ ،
حدث عن أبيه فأكثر ، وعن سعيد بن المسيب وطاووس وسليمان بن يسار وغيرهم ، وقد
تردد لحدثون في الاحتجاج به ، قال عنه ابن حجر : صدوق ، توفي في الطائف سنة ١١٨ هـ .
انظر : الطبقات ٣٣٣/٥ ، سمر أعلام النبلاء ١٣/٦ ، تقريب التهذيب ٧٣٧/١ .

(٣) أخرجه ابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب الرجل يجحد انطلاق ٦٥٧/١ رقم (٢٠٣٨) .
والدارقطني ، كتاب الطلاق واخلع والإيلاء وغيره ٦٤/٤ رقم (١٥٥) .
والحديث مستاده صحيح ورجاله ثقات كما في انزوائد .

(٤) معينة " ليست في " ، ب .

قال ابن القاسم : وإن شهدا أنه قال : إحداهن طالق ، قيل للزوج : إن نويت واحدةً تذكرها وإلا طلقن عليك^(١) كلهن ، فإن شهد أحدهما بتطبيقه ، وآخر بثلاث ، لزمته تطبيقه ، ويحلف على البتات ، فإن نكح طلقت عليه البتة ، قاله مالك ، ثم رجع فقال : يسجن حتى يحلف .

قال ابن القاسم : والطلقة الواحدة لزمته حلف أو لم يحلف^(٢) .

قال مالك في الواضحة : وإن شهد عليه رجلٌ بطلقةٍ وآخر بالبتة فقد اختلفا فيحلف على تكذيب كل واحدٍ منهما ولا يلزمه شيء^(٣) .

قال الشيخ : وقد قال سحنون في هذه المسألة فيمن قال مثل^(٤) هذا القول : هذا^(٥) خلاف قول أهل الحجاز^(٦) .

قال الشيخ : ويحتمل أن يكون معنى هذه المسألة في رواية ابن حبيب : أنهما شهدا في مجلسٍ واحدٍ ولفظةٍ واحدةٍ ، فيكون هذا تهاتراً ، أو يكون في مجلسٍ عسى قول من قال : إن البتة لا تبعض ، وأما على قول من قال : إن البتة تبعض ، فإنه تلزمه واحدةٌ ويحلف على البتات كمسألة الكتاب^(٧) .

ومن المدونة : قال مالك : وإن شهد أحدهما أنه حلف بإطلاق / أن [١٥٧/]

لا يدخل الدار ، وأنه دخل ، وشهد الآخر أنه حلف أن لا يكتم فلاناً ، وأنه كلمه ، لم تطلق عليه لاختلافهما .

(١) عليك "ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٤٠/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٥ .

(٣) لأن البتة لا تبعض . انظر : النوادر والزيادات ل ٣٢٥/١ .

(٤) مثل "ليست في ز .

(٥) أي القول بعدم تبعض البتة .

(٦) انظر : تهذيب الطلب ل ٤٥/ب .

(٧) وهي مسألة إن شهد أحدهما بتطبيقه والآخر بثلاث ، وقد تقدمت قريباً .

قال ابن القاسم : ويرمى الزوج في قول مالك اليمين أنه لم يطلق ، فإن نكس سجن [حتى يحلف]^(١) كما ذكرنا ، وفي قول مالك الأول : أنه إذا نكل طلقت عليه^(٢) .

قال الشيخ : يريد : أنه يلزمه بنكوله هاهنا طلقتان^(٣) .

قال مالك : وكذلك الحرية في هذا^(٤) ، وإن شهد أحدهما أنه طلقها يوم الخميس بمصر في رمضان ، وشهد الآخر أنه طلقها يوم الجمعة بمكة في ذي الحجة ، طلقت عليه ، وكذلك الحرية^(٥) - يريد : لأنه من وجه لأقوال بخلاف الأفعال .

قال الشيخ : لأن الأقوال تتكرر وتُعاد ، فيكون الحكم في الثاني إعادةً للأول كالإقرار بالأموال ، وذلك بخلاف لأفعال . لأن كل فعل له حكم في^(٦) نفسه لا يكون تكراراً للأول ، وعدتها من يوم^(٧) شهد الآخر ، لأن بشهادته وقع الحكم بالطلاق ، والعدة تتبع الطلاق المحكوم به لا تتقدم عليه .

قال الشيخ : وإذا تصحح الشهادتان في البلدين إذا كان بينهما من المدة قدر مسافة ما بين البلدين فأكثر ، فأما لو شهد أنه طلقها يوم الخميس في رمضان بمصر ، وشهد الآخر أنه طلقها في الخميس الثاني بمكة ، فهذا تكاذب ، فتسقط الشهادتان^(٨) ، وهذا بين .

(١) من المدونة .

(٢) انظر : المدونة ٤١/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٥ .

(٣) لأنه إنما نكل عن شهادتهما جميعاً .

انظر : تهذيب الطالب ل ٤٦/ب .

(٤) أي في أنه إن خلت عليه الشهادة بالحق تلزمه اليمين فإن نكل حبس .

(٥) انظر : المدونة ٤١/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٥ .

(٦) "في" ليست في ز .

(٧) "يوم" ليست في ز .

(٨) لأنه لا يمكن أن يكون تزوج في هذين الموضعين في هذه المدة ، أي في عصر المؤلف . أما في

عصرنا فإنه يمكن لتغير وسائل النقل وسرعتها كما هو معلوم .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا شهد أحدهما أنه قال^(١) في رمضان : إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتي طالق ، وشهد الآخر أنه قال ذلك في ذي الحجة وشهدا عليه هما أو غيرهما أنه دخها بعد ذي الحجة طلقت عليه ، وإن شهدا عليه جميعاً في مجلس واحد أنه قال : إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتي طالق ، وشهد أحدهما أنه دخل في رمضان ، وشهد الآخر أنه دخلها في ذي الحجة طلقت عليه كمن حلف بالطلاق ألا يكلم فلاناً ، فشهد عيه رجل أنه كلمه في السوق ، وآخر أنه كلمه في المسجد حنث .
وكذلك يمينه بالعتق ، وإنما الطلاق حق من الحقوق وليس هو حداً من الحدود^(٢) .

قال الشيخ : يريد بالحد الشهادة على الزنا أنها لا تجوز إلا على فعل واحد ووقت واحد .

ابن المواز : ولو شهدوا^(٣) أنه دخلها لزمته اليمين ، ولو شهد واحد على يمينه وآخر على دخوله ، فلا يمين عليه حتى يشهد اثنان على فعل أو يمين ، فيحلف على تكذيب الشاهد الباقي ، ولو شهد واحد يمينته ويدخله ، فيحلف أنه ما حلف أو ما دخل ، يحلف على أيهما شاء^(٤) .

ومن المدونة : وإن شهد أحدهما بالبتة والآخر بقوله : أنت علي حرام ، أو بالثلاث، لزمته الثلاث ، وكذلك واحد بخليئة وآخر ببرية أو بائن ، قال مالك : وإذا اختلفت الألفاظ في الشهادة ، وكان المعنى واحداً كانت شهادة واحدة ، وإن شهد

(١) قال ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٤١/٣ ، ٤٢ ، تهذيب المسونة ص ١١٥ .

(٣) في ز " ولو شهد واحد " .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٦ / ب .

واحد أنه طلق ألبتة ، وشهد الآخر أنه قال^(١) : إن دخلت اندر^(٢) فأنت ضالق^٣ ،
وشهد هو وآخر أنه دخبها ، لم تطبق عليه ، لأن هذا شهد على فعل . وهذا على
قرار ، وإن شهد أحدهم أنه طلقها عنى عبداً فلان ، وشهد الآخر أنه طلقها
على ألف درهم ، فقد اختلفا ، فلا تجوز^(٤) .

قال سحنون في غير المدونة : هذا إذا كان الزوج والزوجة منكراً
لشهادتهما ، وأما إن ادعى لزوج شهادة أحدهما فإنه يحلف معه ويأخذ ما شهد به
به . ويحلف على شهادة الآخر أنه ما طلقها . يريد إذا أنكرت المرأة شهادة شاهده ،
وادعت شهادة الآخر .

قال ربيعة : ومن شهد عليه ثلاثة ، يقر كل واحد بطقة ليس معه صاحبه ،
فأمر أن يحلف فأبى فليفرق بينهما ، وتعتد من يوم نكح ، ويقضى عليه بالطلاق^(٥) .
قال أبو محمد : أراه يريد أنه يلزمه بالنكول الثلاث .

قال الشيخ : وقول ربيعة هذا خلاف لقول مالك ، لأن مالكاً لا يحلفه ،
وَيَلْفَقُ عليه الشهادات ، فَيُلْزِمُهُ واحدة ، لأنه من وجه الإقرار ، كما قال في الذي
شهد عليه رجل أنه طلق يوم الخميس وشهد عليه آخر أنه طلق يوم الجمعة فَلَفَّقَ
عليه الشهادة وألزمه طلبة ، فكذلك يلزم في هذا .

قال أبو محمد : ولو شهدوا أن ذلك في وقت واحد لزمته واحدة ولم يلزمه
يمين ، وإن رَوَّحُوا كلهم وقتاً واحداً كانت العدة منه ، / لا من يوم الحكم ، ولو [١٥٧] ب
رَوَّحَ كل واحد منهم^(٦) تاريخاً مختلفاً لاعتدت من التاريخ الثاني^(٧) ، ولو اتفق ثمان
على تاريخ قديم ، أو حديث كانت العدة منه .

(١) "أنه قال" ليست في أ .

(٢) "لدار" ليست في أ ، ب .

(٣) وعليه اليمين . انظر : المدونة ٤٤، ٤٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٥ .

(٤) انظر : المدونة ٤٣، ٤٢/٣ .

(٥) "منهم" ليست في أ ، ب .

(٦) انظر ذلك لمالك ، التوارد وزيادات ل ٣٢٤ ب .

ولو أقر الزوج بتاريخ قديم ، ولينة بتاريخ حديث كانت العدة من الحديث .

قال ابن الموار : وإن شهد شاهداً أنه صقها طقة عام أول ، وشهد الآخر أنه طلقها طقة العام لزمته واحدة .

قال : وقال ابن اقسام : وإن شهد شهادتين بطقة وآخران بطلقة ، وآخران بطلقة في مجالس متفرقة ، ولزوج يقول : هي واحدة أشهدتهم بها ، فلا ينفعه ، وهي ثلاث ، وذلك^(١) كشهادتهم بالذل^(٢) .

وقال أصبغ : أرى أنه يحلف ، ولا يلزمه إلا طقة إذا كان قوه لكل شهادتين : أشهدا أنني طلقتهما ، ولو قال : أشهدا أنها طالق ، لزمته ثلاث^(٣) .

قال الشيخ : ولو قال قتل : إن ذلك سواء ، ولا يلزمه إلا طقة واحدة^(٤) ويحلف ، لكان صواباً ، كما لو قال لها في مجلس واحد : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، أنه ينوى ، وكالذي حلق امرأته فقال له رجل : ماصنعت؟ فقال : هي طالق ، أنه نواه إن نوى إخباره ، فكذلك هذا .

قال أصبغ : وأما الديون فإن كنت بعير كتاب فذلك مال واحد إذا تقربت أوقات الشهادة ، كمن يشهد هاهنا ، ثم يقوم فيشهد هاهنا ، ولو كانت بكتاب واحد كان مالاً واحداً ، ولو كانت بكتب متفرقة^(٥) كنت ثلاثة أموال^(٦) .

ومن المدونة : قال ابن شهاب^(٧) : وإن شهد واحد بواحدة ، وآخر بأثنتين وآخر ثلاث ، لزمته اثنتان^(٨) ، يريد : ويحلف على الطقة الثالثة مع الذي شهد بثلاث .

(١) في ز "في" بدل "لوازم" .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل ٣٢٥/ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٣٢٥/ب .

(٤) "واحدة" ليست في ز .

(٥) "متفرقة" ليست في ز .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل ٣٢٥/ب .

(٧) في أ "أشهب" ، وهو خطأ .

(٨) انظر : المدونة ٤٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٥ .

فصل [٢ - في شهادة الأعمى والمحدود في القذف ومن لا تجوز شهادته في الطلاق]

قال مالك : وتجوز شهادة الأعمى على معرفة الصوت في الطلاق وغيره ، وكذلك من سمع جاره من وراء جدار يطلق^(١) وإن لم يره ولم يشهده ، وكذلك القذف يقر به فيسمعه ، فليشهد به وإن لم يشهده .

وتجوز شهادة المحدود في القذف على الطلاق إذا حسنت حالته ، وكان صالحاً فزاد صلاحاً .

ولا تجوز شهادة ذميٍّ على مسلم ، أو ذميٍّ . ولا تجوز شهادة السيد على طلاق عبده زوجته ، وهي أمةٌ لسيد أو لغيره ، أو حرةٌ ، ولا مع رجلٍ يشهد معه ، لأنه عيبٌ يَنْهَى على إزالته .

ولا تجوز شهادة النساء في الطلاق^(٢) وإن شهدن مع رجل ، لأنها شهادة على حكمٍ ثبت في البدن كقتل ، ولا تجوز شهادتهن إلا في الأموال ، وفيما يغبن عليه كالولادة والاستهلال^(٣) والعيوب ، وثام هذا في كتاب الشهادات^(٤) .

فصل [٣ - فيمن شهد عليه رجلان بأنه أمرهما بكذا وهو ينكر ومن حلف بالطلاق على نفي ما أقر به]

ولو شهد رجلان على رجلٍ أنه أمرهما أن ينكحاه ، أو يبيعا له يبعاً ، وأنهما قد فعلا ، وهو ينكر ، لم تجز شهادتهما ، لأنهما خصمان ، ولو أقر لهما بالوكالة وقال لهما : لم تفعلوا ، وقالوا : قد فعلنا ، فالقول قولهما .

وإن شهد قومٌ على رجلٍ أنه أعتق عبده ، والعبد والسيد ينكران ، فالعبد حرٌّ إذ ليس للعبد أن يُرَقَّ نفسه .

(١) يطلق " ليست في أ ، ب .

(٢) " في الطلاق " ليست في ز .

(٣) الاستهلال : هو صياح المولود عند ولادة .

تنبيه الطالب ص ١٣ .

(٤) انظر : المدونة ٤٣/٥ - ٤٥ .

ومن أقر أنه فعل كذا ، ثم حلف بالطلاق أنه ما فعله ، وقال : كنت كاذباً في إقرارى ، صدق مع يمينه ، ولا يخفى ، ولو أقر بعد يمينه أنه قد فعل ذلك ، ثم قل : كنت كاذباً لم ينفعه ، ولزمه اطلاق بالقضاء^(١) .

قال الشيخ : لأن لأول إما حلف باطلاق أنه كذب فيه أقر به ، فلا تطلق عليه امرأته ، ويحلف بالله عز وجل أنه كذب ، والثاني أنه أقر أنه حنث في يمينه بالطلاق ، فوجب أن يطلق عليه .

قال ابن القاسم : فون لم تشهد / لبينة على إقراره بعد ليمين ، وعلم هو أنه [١٥٨/] كاذب في إقراره عندهم بعد يمينه ، حل له المقام عليها بينه وبين الله تعالى ، ولم يسع امرأته إن سمعت إقراره هذا لمقدم معه إلا أن لا تجحد بينة ، ولا سلطاناً ، فهي كمن طقت ثلاثاً ولا بينة لها ، فلا تنزيه له ، ولا يرى لها شعراً ولا وجهاً إن قدرت ، ولا يأتيتها إلا وهي كارهة ، ولا تنفعها مرافعة ، ولا يمين عليه إلا بشاهد^(٢) .

[فصل ٤ - فيمن شهد عليه بالطلاق وهو ينكر]

قال مالك : ومن طلق زوجته في سفره ثلاثاً ببينة ، ثم قدم قبل ابينة فوطئها ثم أنت البينة فشهدوا بذلك ، وهو منكراً لطلاق ومقرٌ بالوطء ، فليسرق بينهما ، ولا شيء عليه^(٣) .

قال يحيى بن سعيد : ولا يضرب^(٤) - يريد الحد - .

قال سحنون : ولو شهد أربعة أنه طلقها ، وأقر الزوج بالوطء بعد وقت طلاق ، وجحد الطلاق ، حددته .

ولو قالوا : نشهد أنه طلقها ، ثم وصنها حددته أيضاً .

وقد روي عن مالك فيمن شهد عليه^(٥) أربعة عدول أنه طلق امرأته ألبتة ، وأنهم رأوه يطؤها بعد ذلك ، وهو مقرٌ بالمسيس ، أنه يفرق بينهما ولاحد عليه .

(١) انظر : المصدر نفسه ٤٤/٣ ، ٤٥ ، تهذيب المدونة ص ١١٥ ، ١١٦ .

(٢) ، (٣) ، (٤) انظر : المدونة ٤٦/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٦ .

(٥) "عليه" ليست في أ .

قال سحنون : وأصحابنا يابون هذه الرواية ، ويرون عليه الحد .
 قال الشيخ : وقول سحنون في يجب الحد عليه خلافٌ للمدونة في التي
 شهدت عليه البينة في سفره^(١) .
 وقد اختلف قول^(٢) ابن القاسم وأشهب في الأمة يعتقها في سفره ، وتشهد
 بينةً على ذلك ، ثم يقدم فيطوهر ، ويستغلها ، فاختلفا في الغلة ، واتفقا أن لا حد
 عليه ، ولا فرق بين هذه وبين الحرة ، والله أعلم .

[فصل ٥ — في الدعوى في الطلاق]

ومن المدونة : وإن ادعت امرأة أن زوجها طلقها ، وأقامت شاهداً ، لم
 تحلف معه ، ولا يقضى بشاهدٍ وعينٍ في طلاقٍ ، ولا قذفٍ ، ولا نكاح^(٣) ، ولا اعتق
 إلا في الأمور ، وحراح العمد والخطأ يحلف مع شاهده ويقتص في العمد ويأخذ
 اعقل في الخطأ ، كما يقسم^(٤) مع انشده الواحد في قتل العمد والخطأ^(٥) ويستحق
 مع ذلك القتل في العمد ، والدية في الخطأ .

قال يحيى بن سعيد : من طلق وأشهد ، ثم كتم هو والبينة ذلك إلى حين
 موته ، فشهدوا بذلك حينئذ ، فلا تجوز شهادتهم إن كانوا حضوراً ، ويعاقبون ،
 وها الميراث^(٦) .

ومن كتاب ابن المواز : وإذا ماتت المرأة فشهدوا أن لزوج كان طلقها أئنة
 فلا يرثها ، وإن كان إنما مات هو ورثته^(٧) .

(١) وقد تقدمت قريباً .

(٢) قول " ليست في ز .

(٣) "ولانكاح" ليست في ز .

(٤) "كما يقسم" ليست في أ .

(٥) "والخطأ" ليست في أ ، ب .

(٦) انظر : المدونة ٤٦/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٦ .

(٧) انظر : تهذيب المطالب ٤٦/أ .

قال الشيخ : جعه ابن القاسم كالمطلق في لمرص ، لأن لطلاق إنم يقع يوم الحكم ، ولو كان يوم القول كان فيه خد ، وقاله مالك في لذي طلق في سفره ، ثم قدم فوطى ، ثم قامت عليه ابينة ، وهو منكرو ، لا يجد ، ويمرق بينهما ، وكذلك في سماع ابن القاسم : أنه إن ماتت لم يرثها ، وإن مات ورثته .

قال سحنون : لعل البينة كانوا حضوراً معه فلم يقوموا عليه حتى مات .

- قال الشيخ . يجب على هذا أن لا يثبت طلاقه ، وترثه ويرثها - وقد رواها عيسى عن ابن القاسم عن مالك : إن الشهود إن^(١) كانوا غيباً سنين ، ثم أتوا بعد موته فشهدوا ، قال : ترثه ، وميدريك ما كان يدرأ به عن نفسه ، رأييت لو كان حيّاً ولم يُقرّ ترجمه ؟

وقال يحيى بن عمر : لا ترثه .

وذكر الأبهري هذه المسألة على ما قد بينا من التفرقة بين موته وموتها ، ثم قال : يحتمل أن يكون معنى المسألة إذا طلقها في مرضه ، بل المسألة كذلك أن يطلقها في مرضه^(٢) ثلاثاً فترثه ولا يرثها^(٣) .

ومن المدونة : ومن ادعى نكاح امرأة وأنكرت ، فلا يمين له عليها / وإن [١٥٨] أقام شاهداً ، ولا تخمس ، ولا يثبت النكاح إلا بشاهدين^(٤) - وقد تقدم هذا في كتاب النكاح أتم مما هاهنا^(٥) .

وإن ادعت امرأة أن زوجها طلقها ، لم يحلف الزوج ، وترك وإياها .

- قال الشيخ : لأن ذلك طريق إلى دعوى من تريد أذى زوجها ، وفراقه وإعناته في كل وقت - .

قال ابن القاسم : وإن أقامت شاهداً حلف الزوج ، ومنع منها حتى يحلف ، وكذلك روي في الحديث^(٦) ، فمن نكل ، مروى عن مالك أنها تطلق عليه مكانه ، وعدتها من يوم احكم .

(١) "إن" ليست في أ ، ب .

(٢) "في مرضه" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٤٦ / ١ .

(٤) انظر : المدونة ٢ / ٢٥٠ .

(٥) انظر ص ٢٧٣ .

(٦) يشي إلى قوله عليه الصلاة والسلام "إد ادعت امرأة طلاق زوجها فحلفت بشاهدين عدلين استحلف زوجها" وقد سبق ترجمته ص ٧٣٠ .

- قال الشيخ : لأن نكوه كشاهد آخر ، وروي ذلك عن النبي عليه الصلاة والسلام^(١) - وروي عن مالك أيضاً أنه يجبس أبداً حتى يحلف ، أو تطلق عليه . قال ابن لقسم : وبلغني عنه أنه قال : إذا صال سجنه دُين ، وخُلِّي بينه وبينها ، ولم تطلق عليه وإن لم يحلف ، وهو رأيي^(٢) .

قال الشيخ : فوجه قوله : إنه يجبس حتى يحلف ، لأن الشاهد والنكول أضعف من الشاهد وليمين ، فلما لم يحكم بشاهد ويمين في الصلاق كان أن لا يحكم بشاهد والنكول أولى . ولحديث إذ وردت فيه زيادة ترددها الأصول كنت الأصول أولى .

قال الشيخ : قال بعض فقهاءنا : اعلم أن المرأة إذا أقامت على زوجها شاهداً واحداً بالطلاق فحلف الزوج ، ثم وجدت شاهداً آخر أنه يُلْفَق إلى الأول ، ويقضى بشهادتهما على الزوج بالطلاق .

وكذلك العبد يقيم شاهداً على سيده بعتقه ، فينكر ويحلف ، ثم يجد العبد شاهداً آخر ، فإنه يُلْفَق مع الأول ، ويقضى بعقده لعبد ، وهذا منصوص لأهل المذهب .

وإذا أقامت بطلاقه شاهداً فأبى أن يحلف ، فسجن على أحد الأقاويل : فقال ابن نافع في كتاب ابن مزي : إذا أبى أن يحلف وطل ذلك على المرأة ضرب له أجل للإيلاء^(٣) .

وقال الشيخ أبو عمران : لا يدخل فيه الإيلاء في هذا عني مافي المدونة ، ألا ترى أنه قال : يسجن أبداً حتى يحلف ، ففي قوله هذا دليل على أن لا مدخل للإيلاء في هذا ، ألا ترى أن لغائب إذا لم يترك لزوجته نفقة ، أو الحاضر إذا امتنع من الوطء لا يكون فيه الإيلاء^(٤) .

(١) وقد سبق تخريجه ص ٧٣٠ .

(٢) انظر : المدونة ٤٨، ٤٧/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٦ .

(٣)، (٤) . نظر : تهذيب الطالب ل ٤٦/ب ، ٤٧/أ .

قال بعض فقهاءنا : وما اعتل به أبو عمران لا يبرم ، لأن الزوج إن امتنع من الوطء مطلوبٌ به ، ومطوبٌ بالنفقة ، فالحاكم يضيق عليه إن لم تصل المرأة إلى ذلك ، فيرتفع الضرر عنها .

وفي مسألة ابن نافع : إن لم يدخل عليه الإيلاء ، فالمرأة تبقى أبداً بلاوطء ، والزوج يستطيع دفع ذلك باليمين ، فتركه ضرراً بها .

فقول ابن نافع لذلك حسن ، ولا حجة لمسألة المدونة أنه يسجن أبداً^(١) ، لأن المرأة لم تقم عليه بالوطء ، ولو قامت عليه لضرب له أجل الإيلاء ، والله أعلم^{(٢)(٣)} ومن المدونة : وامرأتان في ذلك^(٤) بمنزلة رجل واحد تحلف إذا كانتا ممن تجوزان شهادتهما في الحقوق ، وكذلك في الحرية^(٥) .

قال في كتاب العتق : ولا تجوز في ذلك شهادة أم المرأة ، أو عمتها ، أو خالتها ، وليس ذلك مثل الحقوق ، ولا تحف الزوجة ، أو العبد مع الشاهد في هذا ولا يقضى بشاهدين في ذلك^(٦) ، لأن لرسول عليه الصلاة والسلام إنما قضى به في الأموال^(٧) ، والطلاق من معنى الحدود^{(٨)(٩)} .

ومن العتبية : قال سحنون في امرأة تدعي أن زوجها طلقها ولاينة لها ، ثم مات الزوج ، فطبت ميراثها منه ، وقالت : كنت كاذبةً فيما ادعيت^(١٠) . قال : لها الميراث^(١١) .

(١) كما تقدم قريباً .

(٢) في أ ، ب تكرار لما تقدم من قوله : ومن المدونة : وإن ادعت امرأة أن زوجها طلقها ص ٧٣٨ إلى هذا الموضع .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٤٧/١ .

(٤) أي في الشهادة على الطلاق .

(٥) نظر : المدونة ٤٨/٣ .

(٦) في انطلاق والعتق .

(٧) أخرجه مسلم ، كتاب الأفضية ، باب القصاء باليمين والشاهد ١٣٣٧/٣ رقم (١٧١٢) .

(٨) والطلاق من معنى الحدود " ليست في ز .

(٩) انظر : المدونة ٢٢٧/٣ ، ٢٢٨ .

(١٠) في العتبية : قالت : إنما ادعيت ذلك لأنني كنت أبغض المقام معه ، ولم يطلقني .

(١١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٥١/٥ .

قال : وكذلك إذا ححدث النكاح ، ثم أقرت بعد موته ، فلها الميراث ، ثم قال : لا يرى لهذه ميراثاً بخلاف المدعية الطلاق ، لأن هذه لم يثبت لها عقد نكاح^(١).

قال أبو بكر بن اللبّد : وقال بعض رواة أهل المدينة : إن أكذبت نفسها بعد موت زوجها مدعية الطلاق فلاميراث لها ، وإن أكذبت نفسها في حياته ثم مات فلها الميراث^(٢).

وقال سحنون في التي تدعى صلاق زوجها أبتة ولا تثبت ذلك^(٣) ، ثم تفتدي منه ثم^(٤) تريد تزويجه قبل زوج ، وتزعم أنها كذبت أولاً ، قال : لا يقبل قولها ، ولا تنكحه إلا بعد زوج ، وليس كالميراث ، وروى أصبغ عن ابن القاسم نحوه^(٥) .
ومن كتاب ابن المواز : قال في الأمة تعتق وهي تحت عبد فتختار نفسها ولانية لها : فهي واحدة بائة .

قلت : فإن قالت بعد أن اختارت : إنما أردت أبتة؟

قال : لا يقبل منها ما لم يتبين ذلك عند اختيارها / في الحكم ، ويقال لها : ١٥٩٦ ب / إن كنت صادقة فلا تزوجه إلا بعد زوج والأمر في ذلك إليك ، وليتورّع هو عنها .

قال محمد : ولم يعجبني هذا الجواب ، بل يمنع منها لا بعد زوج ، وهي كالمرأة تغرّ وقد ملكت نفسها بخمس ، أو صنيح أن زوجها كان طلقها أبتة ، فلا تمكّن منه إلا بعد زوج .

وكذلك التي تدعي أن زوجها كان طلقها أبتة ، وهو ينكر ، ثم يصلحها ، وتبين منه بعد صلقة فزيد تزويجه ، وتقول : كنت كاذبة ، وإنما أردت الراحة منه ، فإن لم تكن ذكرت ذلك بعد أن بان منه لم تمنع من نكاحه ، وأمرها إلى الله عز

(١) (٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٦ ب .

(٣) أي بيينة .

(٤) "ثم" ليست في أ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل ٤٦ ب .

وجل ، وإن أقرت بعد أن بانث منه بأنه كان صلقتها أخته مُنِعت منه^(١) حتى تنكح زوجها غيره .

قان ابن المواز : والي ترعم أد زوجها طبقها ولاينة ها فنتفتد منه بما قدرت عليه ، وإن قدرت عسى^(٢) ضربه وقتله إذا أرادها فلتفعل ، وهو كالعادي والمحارب^(٣) .

وبالله التوفيق^(٤) ، لارب غيره لاإله إلا هو .

كَمَلْ كتاب الأيمان بالطلاق بحمد الله وحسن عونه وتوفيقه لجميل وبكته ، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعنى آله وصحبه وسلم تسليماً

(١) "منه" ليست في ز .

(٢) "عسى" ليست في ز .

(٣) انظر : النوادر والزيدات ل ٢٩٧/ب ، تهذيب الطالب ل ٤٦/ب .

(٤) "لارب غيره لاإله إلا هو ، كمل كتب ... الخ" ليس في ز .

[الكتاب التاسع] كتاب الظهار^(١)

[الباب الأول] باب جامع القول في الظهار وما يلزم منه وما لا يلزم

[فصل ١ — في الظهار وأدلة تحريمه]

قال الله تبارك وتعالى : ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مَنْ نَسَاهُمْ مِمَّا هُمْ أُمَّهَاتِهِمْ
إِنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَيَهُمْ كَيْفُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُورٌ
غَفُورٌ﴾^(٢).

وقال القاضي عبد الوهاب : فانظهر يحرم^(٣) بهذه الآية ، وفيها عسى تحريمه
أدلة : أحدها : إكذابهم في تشبيههم الزوجة بالأم ، والثاني : إخباره بأنه منكر من
القول وزور ، والثالث : إخباره تعالى بأنه يغفر ويعفو عنه^(٤).

(١) الظهار لغة : يقال : ظهر لرجل مرأته ، ومنها ، مَظَاهَرَةٌ وَظَهْرًا إِذْ قَالَ : هِيَ عَلَيَّ كَظْهَرِ
دَتِ رَحِمٍ ، وَأَصْلُهُ مَا اخُذَ مِنَ الظُّهْرِ ، لِأَنَّهُ لَظْهَرٌ مَوْضِعُ ارْتِكَابِ ، وَالْمَرْأَةُ مَرْكُوبَةٌ إِذَا
غُشِيَتْ ، فَكَانَتْ إِذَا قَالَ : أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي ، أَرَادَ : رَكُوبَتُكَ لِنِكَاحِ عَلَيَّ حَرَامٌ كَرُكُوبِ
أُمِّي لِلنِّكَاحِ . انظر : اللسان ، مادة (ظَهَرَ) .

وشرعاً : تشبه زوج زوجته أو ذي أمة حل وظؤه إياه بمحرم منه أو بظهر أجنبية في تمتعه
بهما والجزء كالكنى والملق كاخلاص . شرح حنود ابن عرفة ٢٩٥/١ .

(٢) سورة المائدة : آية ٢ .

(٣) "يحرم" ليست في أ .

(٤) انظر : المعونة ٨٨٨/٢ .

قال أبو داود^(١) : ونزلت آية الظهار في شأن خويبة بنت ماث^(٢) ، قالت :
 ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت^(٣) ، فحجبت رسول الله صلى الله عليه وسلم
 شكوا إليه ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه ويقول لي : اتقي الله فإنه
 من عَمَلِك ، فما برحت حتى نزل القرآن : ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي
 زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ ﴾^(٤) ^(٥) .

قال الشيخ : ومن أوجب على نفسه لزمه بقوة تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ
 مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ ﴾^(٦) فقد ألزمه الله
 تعالى الظهار وأوجب عليه لكفارة إن أراد العودة من قبل أن يتماسا . وللدليل أن
 العودة إرادة الوطء لانفس الوطء أنه أوجب فيه كفارة قبل الوطء ، بقوله تعالى :
 ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ﴾ وهو الصحيح / من قول مالك^(٧) .

[١٦٠]

(١) لعله سليمان بن لأشعث بن شداد بن عمرو بن عامر السجستاني الأزدي ، الإمام ، شيخ
 لسنة ، محدث البصرة ، كان رأساً في الحديث رأساً في الفقه ، ذا جلاله وصلاح وورع له
 السنن المشهورة وكتاب إمراسيل ، وكتاب الزهد . توفي بالبصرة سنة ٢٧٥ هـ .

انظر : سير أعلام النبلاء ٥٦٧/١٠ ، شذرات الذهب ١٦٧/٢ ، الأعلام ١٢٢/٣ .

(٢) هي خويبة بنت مالك بن ثعلبة بن أصرم بن فهر بن بني عمرو بن عرف ، ويقال : خويبة بنت
 حكيم ، ويقال : خويبة بالتصغير ، وقول : حوة أكثر . نزلت فيها وفي زوجها آية الظهار .
 انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٢٨٢/٤ .

(٣) هو أوس بن الصامت بن قيس بن أصرم بن فهر خزرجي الأنصاري ، آخر عبادة بن الصامت
 شهد بدرًا وأحدًا وسائر المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بقي إلى زمن عثمان .
 انظر : الطبقات ٤١٣/٣ ، الاستيعاب مع الإصابة ٤٩/١ ، الإصابة ٩٧/١ .

(٤) سورة المجادلة : آية ١ .

(٥) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق . باب في الظهار ٦٦٢/٢ رقم (٢٢١٤) ، وابن ماجه ،
 كتاب الطلاق ، باب الظهار ٦٦٦/١ رقم (٢٠٦٣) ، وأحمد ٤٣٨/٦ رقم (٢٧٣٨٦) ،
 وابن حبان ، كتاب المروءة ، باب انظهار ٢٣٨/٦ رقم (٤٢٦٥) وصححه ، وإحاكم ،
 كتاب التفسير ، تفسير سورة المجادلة ٥٢٣/٢ رقم (٣٧٩١) وصححه ، ورفقه الذهبي .

(٦) سورة المجادلة : آية ٣ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٧ بأ .

قال الشيخ : ويحتمل أن يكون أراد به الوطء ، لأنهم حرّموا على أنفسهم الوطء بالظهار ، فإذا عادوا إليه لزمته الكفارة من قبل أن يتماشاً ثانية ، ولاوجه لقول من قال : إن العودة إعادة قول الظهار ، لأن القول الأول إما أن يكون أوجب التحريم فالكفارة تجب بإزالة التحريم ، وهو بالعزم على الوطء ، أو بالوطء نفسه ، أو يكون القول [الأول]^(١) لم يوجب تحريماً فالقول الثاني مثله ، ولايجب في الوجهين كفارة ، وذلك خلاف القرآن فيبطل مقالوه^(٢) .

[فصل ٢ — فيما يكون ظهاراً من القول]

ومن المدونة : قال ابن القاسم فيمن قال لامرأته : أنت عليّ كظهر أمي . فهو مظاهر .

- قال الشيخ : وهذا صريح الظهار - .

قال مالك : ومن طاهر بشيء من ذوات محارمه من نسب أو رضاع فهو مظاهر .

قال ابن القاسم : وإن ظهر من صَهرٍ^(٣) فهو مظاهر .

- قال الشيخ : لأن هؤلاء كلهن محرمات على التأييد كالأمهات - .

قال : وإن قال لها : أنت عني كرأس أمي أو كقدمي أو كفخذها ونحوه ، فهو مظاهر .

- قال الشيخ : لأنه عضو من ذات محرم كالظهر - .

قال : وقد قال مالك فيمن قال : أنت عليّ مثل أمي ، أنه مظاهر .

(١) ليست في جميع النسخ .

(٢) قال عبد الحق : فإذا بطل أن تكون العودة نفس الوطء وبطل أن تكون تكرار القول لما ذكرنا لم يبق إلا أنها الرجوع إلى الوطء ، قصدوا الحظر على أنفسهم فرجعوا إلى إستباحته فأمرؤا بالكفارة عند إرادتهم إستباحة ما منعوا منه أنفسهم بما وقع منهم من المنكر والزور .

المصدر نفسه ل ٢٧/أ ، ب .

(٣) في أ ، ب "ظهر" .

وقال بعض كبار أصحاب مالك : إذا وجدت لقائل لزوجه : رأسك طابق
أصبعك طالق ، يدك حرام ، فرجك حرم . بطنك حرم . قدمك حرام ، يجب
عليه في ذلك الصلاق كما أن لقائل لزوجه : رأسك علي كظهر أمي ، مظاهر ،
وكذلك في العضو والبصن والفرج والظهر ، وكذلك في ذوات المحرم ، ويلزمه
بكل ذلك الظهار .

قال مالك : وإن قل هـ : أنت عتي حرم مثل أمي ، ولانية له فهو مظاهر .
قال ابن القاسم : وقوله : حرام كأمي ، عندي مثله ، وهذا لا اختلاف
فيه .

قيل له ^(١) : لم يجعله مالك مظهراً ولم يجعله ألبنة ، وهو يقول في احرم أنه
ألبنة؟

قال : لأنه جعل للحرام مخرجاً حين قال : مثل أمي .
قال غيره من كبار أصحاب مالك : ولا تحرم به ، لأن الله عز وجل أنزل
الكفارة في الظهار ، ولا يعقل من لفظ به فيه شيئاً سوى التحريم ، وروى ابن نافع
عن مالك نحوه .

قال ابن القاسم : ولو لم يذكر أمه كان البتة في قول مالك ^(٢) .
قال مالك ^(٣) في كتاب ابن الموز : قوله : أنت عتي حرم كأمي ، أو مثل
أمي ، أو أحرم من أمي ، ظهراً ما لم يرد به الطلاق ، وكذلك عنه في سماع ابن
القاسم ، وقاله ابن لقاسم .

وروى عنه عيسى في "أنت أحرم من أمي" أنها ألبنة .
قال ابن المواز ^(٤) : قال عبد المسك في قوله : أنت أحرم من أمي ، ينوي
الصلاق أنه الظهار ، وقد قصد القائلون بالظهار التحريم ، ولم يعرفوا غيره ، فأُنزل
الله عز وجل فيه الكفارة .

(١) "له" ليست في .

(٢) انظر : الملونة ٤٩/٣ ، ٥٠ ، تهذيب المدونة ص ١٢٠ .

(٣) "مالك" ليست في أ

(٤) "قال ابن المواز" ليست في ز .

قال ابن الموارز : إنما هذا فيمن سمى اظهر عند ملك ، فأما من لم يسمه
فيلزمه منوى ، فإن لم ينو شيئاً فهو مظاهر^(١) .

[فصل ٣ — فيمن قال : أنت علي كظهر فلانة ، لامرأة أجنبية]

ومن المدونة : قال مالك : وإن قال ها : أنت علي كظهر فلانة ، لامرأة^(٢)
أجنبية فهو مظاهر .

قال ابن القاسم : وسواء كانت ذات زوج أم لا^(٣) .

وقال غيره : هي طالق ولا يكون مظهراً ، وهو قول عبد الملك^(٤) .

قال الشيخ : فوجه قول ابن قاسم في ثبوته : أنه^(٥) شبه امرئته بظهر محرّم
عليه كالأم .

وجه قول عبد الملك : أن الظهار يتعق بتحريم مؤبد وذلك مُتَّفَقٌ فِي
الأجنبية ، والتشبيه بها^(٦) يقتضي أن تحرم عيه كتحريمها ، وذلك لا يكون إلا
بالطلاق ، ولأن الظهار إنما نزل في تشبيه بنوات محارم ، فلا يعدى به بابه ، ويلزم
من ظاهر بغيرهن ما ألزم نفسه من أنها تحرم عيه كالأجنبية ، وذلك لا يكون إلا
بإطلاق كتشبيهه إياها بالدم ولحم^(٧) المختزير .

[١٦٠ ب]

قال الشيخ : ولا ينوّى به غيره وإن نوى به اظهر ، إلا أنه^(٨) إن قال :

(١) انظر : التودد والزيدات ل ٣٦١/١ .

(٢) "امرأة ليست في ز .

(٣) انظر : للمدونة ٥٠/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٠ .

(٤) انظر : التودد والزيدات ل ٣٦١/١ .

(٥) في أ ، ب في أنه يتوبه .

(٦) "بها" ليست في أ .

(٧) "حم" ليست في ز .

(٨) "أنه" ليست في أ ، ب .

نويت به الظهار ، نزمه الظاهر ، وإن تزوجها بعد زوجٍ أخذته بابنتات بإقراره وبالظهار بنيته .

قال الشيخ : وقول ابن القاسم أولى ، لأن الأم تحريمها تحريم مؤبد ، والأجنبية قد تحمل به يوماً م ، فلا تكون أمداً حالاً من الأم إذا سُمي الظاهر .

[فصل ٤ — فيمن قال : أنت علي كفلاية الأجنبية ، ولم يذكر الظاهر]

ومن المدونة : قال ابن لقاسم : وإن قال لها : أنت علي كفلاية الأجنبية ، ولم يذكر الظاهر فهو البتات ، وإن قال : كفلاية ، في ذوات المحارم فهو ظهار ، لأن هذا وجه الظهار ، إلا أن يريد التحريم فهو البتات^(١) .

قال الشيخ : اعرف قوله : إلا أن يريد التحريم فهو البتات ، أنه بخلافه إذا سُمي الظاهر في ذوات المحارم أنه ظهار وإن نوى به التحريم .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : وإن جاء مستفتياً وقال : أردت في الأجنبية الظهار ، صدق ، قال : وإنما معنى مسألة لكتاب^(٢) إذا قال : لم تكن في نية ، أو شهدت عليه بذلك بينة فقال : أردت بذلك الظهار ، فإنها تطلق عليه ، ثم إن تزوجها بعد زوجٍ لزمه الظاهر بما نوى في أول قوله .

وقال ابن لمواز : قال مالك وأصحابه : إذا سُمي الظاهر في لأجنبية فهو ظهار وإن نوى به^(٣) الطلاق ، وإن قال : كفلاية ، وهي أجنبية ، فقال عبد الملك : هو طلاق ، ولا ينفعه إن أريد الظاهر ، وكذلك قوله : أحرم من فلانة ، وقال أشهب : هو ظهار إلا أن يريد به الطلاق^(٤) .

(١) انظر : المدونة ٥٠/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٠ .

(٢) أي مسألة : إن قال لها : أنت علي كفلاية الأجنبية ، ولم يذكر الظاهر .

(٣) "به" ليست في أ ، ب .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٦١/١ .

قال الشيخ : وهذه الرواية أعدت إذا سمى الصهر في الأجنبية أنه يكون مظاهراً باختلاف من مالك وأصحابه .

قال ابن سحنون : قال أصبغ : وقيل في التظاهر بالأجنبية لا يلزمهظهار ، لأنه يحل له نكاحها ، وقال مالك وأصحابه : هو مظاهر ، لأنها في وقته عليه حرام .

قال سحنون : وإن قال لامرأته : أنت علي كظهر فلانة الأجنبية إن دخلت لدار ، ثم تزوج فلانة ، ثم دخل الدار ، فلا شيء عليه .

قال أبو محمد : انظر : إن دخل الدار ثم تزوجها قبل يكفر^(١) .

قال الشيخ : والذي أرى أن يظهر قد لزمه بدخول الدار ، ولا يلزمه تزويج لأجنبية كما لو ماتت الأجنبية بعد دخوله الدار .

[فصل ٥ - فيمن قال : أنت علي كظهر أبي أو غلامي]

قال ابن القاسم : وإن قل لها : أنت علي كظهر أبي أو غلامي، فهو مظاهر وقاله أصبغ^(٢) .

وقال ابن حبيب : لا يلزمهظهار ولاطلاق ، وإنه لمنكر من القول .

قال : وإن قال : أنت علي كأبي أو كغلامي ، فهو تحريم^(٣) .

قال الشيخ : والصواب ما قاله ابن لقسم ، لأن الأب والغلام محرمان عليه

كالأم وأشد ، ولا وجه نقول ابن حبيب ، لاني أنه لم يلزمهظهار ولاالطلاق إذا سمي الظهر ، ولاني أنه أنزله التحريم إذا لم يسم الظهر ، لأن من لا يلزمه فيه شيء إذا سمي ظهر لا يلزمه شيء إذا لم يسم لظهر كتشبيهه زوجته بزوجة له أخرى أو أمة له .

[فصل ٦ — فيمن قال : أنت عليّ مثل كل شيء حرّمه الكتاب أو أنت عليّ كبعض ما حرم من النساء]

ومن المدونة : قل ربيعة : وإن قل لها : أنت عليّ مثل كل شيء حرّمه الكتاب ، فعليه لظهار ، لأن الكتاب حرم عليه أمّه^(١) وغيرها^(٢) مم حرم الله عز وجل^{(٣) (٤)} .

قال الشيخ : وقال بقول ربيعة ابن الماحشون وابن عبد الحكم وصبغ ، وقال ابن نافع : بل هو البت ، لأن لكتاب حرم لميّة واختزير^(٥) وغيرها^(٦) .

قال الشيخ : وقياس عندي أن يزعمه الظهار والطلاق ثلاثاً ، وكأنه قال هـ : أنت عليّ كأمي وكالميّة ولدم وحمل لخزير ، فيزعمه الظهار بتشبيهه بالأم والتحرّم بالميّة والدم وغيرها ، فتصلق عليه الآن ثلاثاً ، فإن تزوجها بعد زوج لزومه لظهار . ومن المدونة : قال ربيعة وابن شهاب : وإن قال لها : أنت عليّ كبعض ما حرم عني من النساء ، فذلك ضهار^(٧) .

قال سحنون في العنية : إن قال هـ : / أنت أمي ، في يمين أو في غير يمين . [١٦١/أ] فهو ظهار^(٨) .

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ سورة النساء : آية ٢٣ .

(٢) في أ ، ب "أو" بدل الواو .

(٣) كالميّة والدم ولحم خزير وخمر ونحوها .

(٤) انظر : المدونة ٥١/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٠ .

(٥) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ مَيْتَةً وَالْدَّمَ وَحَمْلَ خَزِيرٍ وَمَا هَلَكَ بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ . سورة البقرة : آية ١٧٣ .

(٦) انظر : تهذيب لطالب ٢٧/ب .

(٧) انظر : المدونة ٥١/٣ .

(٨) وهو لابن مقاسم أيضاً ، انظر : العنية مع لبيب وتحصيل ١٨٨/٥ ، نوادر ولزبادات ل ٣٦٠/ب .

قال محمد : إلا أن يتوي به الطلاق فيكون القاتل ، ولا يتعمه إلا توي وحلة^(١) .

قال سحنون : وإن قال : إن وطئت وطئت أمي ، فلا شيء عليه ، وإن قال : يئالمه ويئالحت ، فلا شيء عليه ، قاله ابن القاسم في المدونة .

فصل ٧ — في الظهار من الإماء ، والذمي يظهر ثم يسلم

ومن الظهار قال مالك : ومن تظاهر من أمته ، أو من أم ولده ، أو من مدبرته ، فهو مظاهر^(٢) ، لعموم الآية^(٣) ، وقاسط بن أبي طالب رضي الله عنه وغيره^(٤) .

قال ابن شهاب : قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ ﴾^(٥) ، فالسرية من النساء وهي أمة^(٦) .

وقال أبو حنيفة والشافعي : لاظهار في ملك اليمين^(٧) ، والحجة عليهما ما قدمنا من الكتاب والسنة^(٨) .

ومن المدونة : وإن تظاهر من معتقة إلى أجل لم يكن مظاهراً^(٩) .

قال أبو محمد : وكذلك من أمة يملك بعضها ، لأنهما لا يجلان له^(١٠) .

(١) انظر . المصدر نفسه ل ٣٦٠ / ١ .

(٢) انظر : المدونة ٥١ / ٣ .

(٣) أي آية الظهار وهي قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ سورة المجادلة : آية ٣ .

قال القاضي عبد الوهاب : ولأنه فرج محلل له فصح ظهاره منه كالزوجة . المعونة ٨٩٠ / ٢ .

(٤) كسعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وابن شهاب ويحيى بن سعيد وسليمان بن يسار وعبد الله

ابن أبي سلمة وربيعة ومكحول ومجاهد . انظر : المدونة ٥١ / ٣ .

(٥) سورة النساء : آية ٢٢ .

(٦) المصدر نفسه ٥١ / ٣ .

(٧) انظر : مختصر القدوري مع شرحه الباب ٦٩ / ٣ ، الأم ٣٩٦ / ٥ .

(٨) أي عموم آيات وأحاديث الظهار .

(٩) انظر : المدونة ٥١ / ٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٠ .

(١٠) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٦٣ / ١ .

قال الشيخ : لأن الله تعالى إنما جعل الظهار والطلاق للرجال بقوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾^(١) ، وبقوله تعالى : ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾^(٢) ، وقوله تعالى : ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدِهَا﴾^(٣) ، ولا مدخل للنساء مع الرجال في ظهارٍ أو في طلاقٍ أو تمليكٍ إلا أن يجعلَ لهم ذلك .

[فصل ١٠ — في ظهار الصبي والمعتوه والمكره]

ومن المدونة : ولا يلزم الصبي ولا المعتوه الذي لا يعقل ولا المكره ظهارٌ ولا طلاقٌ ولا اعتق^(٤) .

قال الشيخ : لقوله صلى الله عليه وسلم : "رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ — فذكر الصبي حتى يحتلم ، وامجنون حتى يفيق"^(٥) ، وقال صلى الله عليه وسلم : "يُحْمَلُ عَنْ أَمَتِي الْخَطَا وَالنِّسْيَانِ وَمَا اسْتَكْرَهَا عَلَيْهِ"^(٦) ، ولأن المكره غير قاصدٍ لما استكره عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام : "إنما الأعمال بالنيات"^(٧) ، وقال تعالى : ﴿إِلَّا مَن أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾^(٨) .

(١) سورة المجادلة : آية ٣ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٠ .

(٤) انظر : المدونة ٥١/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٠ .

(٥) سبق تخريجه ص ٧٠٢ .

(٦) سبق تخريجه ص ٧٠٣ .

(٧) سبق تخريجه ص ٤٥١ .

(٨) سورة النحل : آية ١٠٦ .

فصل [١١] — في ظهار المقيد

ومن كتاب ابن المولز : والسفيه إذا ظاهر لزمه وتظفر له ولية في أن يكفر عنه أو يطلق عليه ويبرجه غيرها ، وقاله محتون .

١٧٠

ابن المولز : وقيل : يصالح عنه .

قال أصبغ : ولا يجره إلا العتق إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال صام ، ولا تمتع من الصوم ، فإن أبى فهو مضار .

وقال ابن المولز : إذا لم ير له ^(١) وليه أن يكفر بالعتق فله هو أن يكفر بالصيام قال : ولو رأى له وليه أن يكفر عنه بالعتق فكفر به ثم ظاهر ثانية فلا يعتق عليه ثانية ، قال : فإن لم ير له أن يكفر بالعتق طلق عليه من غير أن يضرب له أجل الإيلاء .

ابن المولز : وأحب إلي أن لا يطلق عليه إلا بتوقيف الإيلاء إن طلبت المرأة ذلك فيوقف لها بعد أربعة أشهر ، فإن قال : أنا أصوم شهرين ، ترك وأجزأه ، لأنه في ملاته ممنوع من ماله ، وله أن يبدأ في الصوم من الآن ، لأنه يقول : كنت أرجو أن يعتق عني وليي ، فإن لم يصم طلقت عليه .

قال : وقال ابن وهب في العتية : وله أن يعتق بغير إذن وليه إن كان يملكه فإن لم يكن له إلا رأس لم أحب له إلا الصيام ^(٢) .

١٧١

فصل [١٢] — في ظهار السكران

ومن المدونة : قال مالك : ويلزم السكران الطلاق .

قال ابن القاسم : وكذلك الظهار عندي يلزمه ، لأن الظهار إنما يجر إلى

الطلاق ^(٣) .

١٧٢

(١) "له" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٦٢ ب ، ٣٦٣ أ .

(٣) انظر : المدونة ٥٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٠ .

فصل ١٦ - قيمن نوى بياظهار الطلاق

ومن المسئلة : قيل لابن القاسم : فكل كلام تكلم به رجل ينوي به الظهار أو الإيلاء أو التملك^(١) أو الخيلر أيكون كما نوى به؟
قال : نعم ، إذا أراد أنك بما قلت عمرة أو مظهر منها [أو مطلقة]^(٢) ..
ابن المواز : أما إذا قال : أنت علي كظهر أمي ، ينوي الطلاق فهو مظهر ، ولو نوى أنك بما أقول من ذلك طلق لم يلزمه إلا الظاهر ..
قال : وقاله لي ابن عبد الحكم ، قال : وقد أنزل الله عز وجل الكفارة في الظهار قيمن قصد به^(٣) الطلاق ، وكانوا في الجاهلية يجعلونه طلاقاً ، وقاله كله مالك ..

قال ابن سحون : وروى عيسى عن ابن القاسم أنها ثلاث ، ولا يتعه إن نوى أهل من ذلك ، وقال سحون : له ما نوى من الطلاق^(٤) .
[قال الشيخ] : فوجه قول مالك أنه لا يكون طلاقاً وإن نواه : فلأن الظهار قد جعل فيه الكفارة لمن قصد به التحريم فهو على ذلك لا يتغير عنه .
وجه قول ابن القاسم أنه يلزمه البتات : فلأنه نوى بما يلزمه فيه ظهار البتات ، فوجب أن يلزمه ، أصله إذا قال : أنت كأمي ، وإنما لم ينو ، لأنه جعلها كأمه ، ولا تخرم كأمه إلا بالطلاق ثلاثاً .
وجه قول سحون أن له ما نوى : فلأنه نقلها بينه من الظهار إلى الطلاق وهو أقوى ، فيلزمه ما نوى ، ولأنه بلفظ لا يلزمه فيه الطلاق فوجب أن يلزمه ما نوى كقوله : ادخلي الدار ، يريد به الطلاق ، أن ذلك يلزمه وينوي فيه .
قال الشيخ : وقول مالك أولى لما بينا ، وبالله التوفيق .

(١) "أو التملك" ليست في ز .

(٢) من المدونة وتهذيب المدونة .

(٣) انظر : المدونة ٥٥/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٠ .

(٤) أي : بلفظ : أنت علي كظهر أمي .

(٥) انظر : التواخر والزيادات ل ٣٦٠/ب .

قال ابن الموارز : قال مالك : وأما إن قال عطاء : أنت علي ^(١) كأمي ، أو أنت أمي ، فهو ظاهر ، إلا أن يريد به الطلاق فيكون البتة ، وإن قرئ واحدة فهي البتة وإن لم تكن له نية فهو ظاهر ..

ولم يروى الطلاق فطلقت عليه ، ثم تزوجها بعد زواج فلا كفارة عليه للظاهر ^(٢) ..

قال أبو بكر الأبهري : مذهب مالك رحمه الله أن صريح الظاهر لا يكون طلاقاً ، وصريح الطلاق لا يكون ظهراً ، مثل أن يقول : أنت علي كظهير أمي ، يريد به الطلاق ، أو : أنت طالق ، يريد به الظاهر ، من قبيل أنه لا يجوز أن يقال : أصلاً من لأصول التي جعلها الله تعالى حكماً ما إلى أصلي أخرج أو جبهته حكماً .. خلافاً ..

قال : وإن كنى للظاهر مثل قوله : // أنت كأمي ، أو مثل أخوتي ، فلا راد ^(٣) / به الطلاق كذا خلافاً ، لأنه نقله إلى ما هو أقوى منه ، لأن الطلاق يزيل النصفية ، ومكني الظاهر لا يزيلها ..

قال : وإن كنى الطلاق مثل قوله : أنت بريئة ، أو خلية ، لا يكون ظهراً ، لأن مكني الطلاق يزيل النصفية أيضاً ، والظاهر إنما يخرج الوطء ، فهو أضعف منه فلا ينقله إلى ما هو أضعف منه ^(٤) ..

قال ابن الموارز : وما كان في الزوجة ظهراً فهو في الأمة ظاهر ، وإن قرئ بكونه العتيق لم يكن عتقاً ، وما خرج إلى الطلاق في الزوجة فهو مخرج إلى الحرية في الأمة ، إذا كان على وجه التحريم واليمين ^(٥) ..

(١) "علي" ليست في "أ" ب ..
 (٢) انظر : المصنف له - ٣٦٠ / ب ..
 (٣) انظر : النكت والفرق له - ٨١ / ب و ٨٢ / أ ..
 (٤) تهذيب الخليل له - ٢٧ / ب ..
 (٥) ..

فصل ٣ - قimen كرر الظهار في زوجه

قال مالك : وإن قال لامرأته : أنت علي كظهر أمي ، قال لها قلت مراراً في غير واحد من الروايات ، فليس عليه إلا كفارة واحدة ، وإن قال لها قلت في الأيام مختلفة ، مثل أن يخلف بظهره إن دخل هذه الدار ، ثم يخلف به إن لبس هذا الثوب ، ثم يخلف به إن أكل هذا الطعام ، فعليه الكحل شيء يفعله من فلتان (١) كفارة ، لأن هذه الأشياء مختلفة ، فصارت ألتان بظهره مختلفة (٢) ..

وقال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت علي كظهر أمي ، أنت علي كظهر أمي ، أنت علي كظهر أمي ، ثلاث مرات ، يسري بقوله الظهار ثلاث مرات ، فلا كفارة واحدة ، إلا أن يدعي ثلاث كفارات ، فلا كفارة ، مثل أن يقول ثلاث مرات يسري ثلاث كفارات فيلزمه ذلك وإن حدث (٣) ..

قال الشيخ : وذكر عن أبي محمد بن أبي زيد أنه قال : لا يبطأ حتى يؤذي البتة ككفارات (٤) ..

قال أبو الحسن القاسمي : فذلك كفر كفارة واحدة حل له الرضاع ، والباقي إنما هو كطعام نذر ، ولو وطئ ثم ملت وأوصى بهذه الكفارات وضمها للثلاث قبلت واحدة منها بدلاً ككفارة الظهار ، والائتلاف بدلاً عليها كفارة اليمين بالله تعالى ، لأنهما نقور ، ونحو قول أبي الحسن ذكر عن أبي عمارة ، وهو الصواب إن شاء الله عز وجل (٥) ..

ابن المبرور : ولو كرر الظهار في وقت بعد وقت فكفارة واحدة تجزئته ، ولو أعاد في الكفارة عن الظهار (٦) ، ثم قال لها : أنت علي كظهر أمي ، فليبتلئ من الآن كفارة واحدة وتجزئته ، وقيل : بل يوم الأولى ويبتلئ كفارة ثانية ..

(١) "من ذلك" ليست في ز .

(٢) (٣) النظر : المبنية ١٢/٣٠٠ ، تهذيب المنوعة ص ١١٢ ..

(٤) (٥) النظر : تهذيب الطالبي ل ١٢/٢٨٨ تهيب ..

(٦) في ز نسخة "الأول" ..

قال ابن المراز : وهذا أحب إلي إذا كان لم يبق من الأول إلا اليسير ، وأما
إذ مضى منها يومان أو ثلاثة طمئنته وتجرته لهذا ، لأنه قلل من المضاربات منه ^(١) ..
وقال ألبصير في المستخرج : سواء مضى أكثر الكفارة أو أقلها فإنه يجزئه أن
يتلئ الكفارة عن الظهارين إذا كان نزعاً واحداً ، مثل أن يقول : أنت علي
كظهار أمي ، ثم يقول وقد أخذ في الكفارة مثل ذلك ..

قال : وكذلك ^(٢) لو كان الأول يمين حث فيها ، والثاني قولاً بغير حث فإنه
يجزئه أن يتلئ الكفارة من يوم ظهره الثاني ، والثاني كالتوكيد للأول ..

قال : ولو كان الأول قولاً بغير حث ، والثاني يمين حث فيها فليتم الكفارة
الأولى ويتلئ كفارة ثلثة للظهار الثاني ^(٣) ..

قال الشيخ : فوجه قول ^(٤) من قال : إنه يتلئ من الآن كفارة واحدة
وتجرته ، فلا بد تكرار الظهار بمجرد إذا يوجب كفارة واحدة ، فهو لو لم يتلئ
الأول حتى ظهر منها ثلثة لم تكن عليه إلا كفارة واحدة ، فهذا ابتداء الأول لم يكن
عليه إلا إسقاط ما مضى ، لأنه قبل الزوم الثانية فلا تجزئ عنها ، وبطلان الكفارة من
الآن ، وتجزئ عن الظهار الأول والثاني ، وهذا كحد الفلأف إذا كثر قلته للرجس
واحد أو الجماعة ، فإنه عليه للثلاث كله حد واحد ، فهو أخذ في حصة ثم قل في
خلال حصة للثاني حد له أو غيره لا يبدأ الحد عليه من الآن ويجزئه ، وكالأحداث
التي يجب الوضوء لأحدها أو جميعها ، فهو أخذ في الوضوء ثم أحلت لأجرأ ابتداء
الوضوء لها ، وهذا بين صواب /

وجه قول ^(٥) من قال : من يتم الأولى ويتلئ الثانية ، فلا بد لكفارة إما
يتلئ بعد تية العودة ، لقوله تعالى : (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ) ^(٦) ، فهذا

(١) انظر : التواضع والزيادات ل ٣٦١ ب .

(٢) كذلك ليست في ز .

(٣) انظر : الحجة مع البيان والمحصل ١٩٩/٥ ، ٢٠٠ ، التواضع والزيادات ل ٣٦١ ب .

(٤) قول " ليست في أ : ب في الموضعين .

(٥) سورة النجاة : آية ٢ .

قال أبو زيد عن ابن القاسم : وولوا أنه لما صلح أليمان أراد أن يمر ببلد تزويج
فتزوج ، فقد استقط عنه الكفارة ويطلق عنه الصيام^(١) ..

قال الشيخ : وعنى قول من قال : يبرمه تمامها ، إذا ابتلأ فبه ، لا يستقط
التزويج عنه تمامها ..

وفي مختصر ابن عبد الحكم قال : وإذا طاهر منها ووطئ ، ثم طاهر ثانية
ففيه أيضاً الكفارة ثانية^(٢) ..

فصل ٤ — في دليل لزوم كفارة واحدة على من طاهر من جماعة تساء

ومن اللسونة قد تقدم^(٣) : أن من قال لأربع نسوة : ألتق عني كظهر أعمى ،
فيأخذ عليه كفارة واحدة^(٤) ..

قال الشيخ : ذهب الشافعي : أن عليه لكل واحدة كفارة^(٥) ..
ودليلنا : قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَتَّبِعُوكَ مِنْهُمْ يُسَلِّمُونَ عَلَيْهِمْ ثُمَّ يُخَبِّرُونَ طَائِفًا مِّنْهُمْ
مَّا قَالُوا﴾^(٦) الآية ، فجميع النساء إذا طاهر الرجل متهن فإثم عليه كفارة
واحدة .

(١) العتية مع البيان والتحصيل ٢٠٤/٥ ، التواضع والزبادات ل ٣٦١/ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل ٣٦١/ب .

(٣) أي في الفصل الثاني من هذا الباب ص ٧٦٢ .

(٤) انظر : للسنة ٥٤/٣ .

(٥) انظر : الأم ٣٩٩/٥ ، التبيه ص ١٨٧ .

(٦) سورة المجادلة : آية ٣ .

وولأن الظاهر يحتمل تكفير كلاً لإيلاءه، وقد نقل رسول الله صلى الله عليه وسلم
 للظاهر^(١١) : "كفر عن عينك"^(١٢)، فقلل أنها يحتمل كلاً لإيلاءه بخلاف الإطلاق..
 وقد روى ابن وهب : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وغيره قتلوا في
 رجل يظهر من أربع نسوة له في كلمة واحدة : الله ليس عليه إلا كفارة واحدة^(١٣)،
 ولم يختلف عليه أحد، فهولاء كلاً إجماع..
 ومن العجبة قال : روى^(١٤) عيسى بن النخاس فيمن تظهر من جماعة
 مطلقن الله لا يجوز له إلا عن كلى واحدة كفارة واحدة فكفر بالتصوم عن واحدة منهن،
 قال : قال مالك : يجوز له ذلك عن جميعهن^(١٥)..

(١١) وهو هذا سلمة بن صخر بن سليمان بن الصمة الخزرجي، كذا نقل له : الألباني، لأنه كان
 حائضاً، وهو الذي ظهر من المرأة، قال البقري : لا تأكل من حنظلها مسنناً إلا حليتها
 للظاهر..

الظاهر : الإصالة ٢/٢٤٠..

(١٢) أخرجه أبو داود، كتاب الطلاق، يعلب في الظاهر ٢/٢٦٦ رقم (٣٣٣١)، وابن ماجه
 كتاب الطلاق، باب الظاهر يجمع قال أن يكفر ٢/٢٦٦ رقم (٣٣٥٠) كلاهما يلتزم :
 "عائشة حتى تكفر عنك"..

والترحمي، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الظاهر يوقع قيل أن يكفر ٣/٣٠٣ رقم
 (١١٩٩) يلتزم : "لا تحريها حتى تعين ما أمرك الله به" وقال : حلت حسن غريب صحيح
 وإحكام، كتاب الطلاق ٢/٢٢٢ رقم (٢٨١٨) يلتزم : "أمسك حتى تكفر"..

قل الحنفية ابن حجر : رحمه تعالى، لكن الله أبو حامد والسلفي بالإرسال، وقال ابن حزم
 رحمه تعالى ولا يضر إرسال من أرسله التلخيص الجيز ٣/٢٢١..

(٣) سبق تحريجه ص ٧٢٢..

(٤) "روى" ليست في أ، ب..

(٥) قال ابن رشد : لأنه إنما هو بمنزلة من قال : والله لا قرب واحدة منك، فليس عليه إلا كفارة
 واحدة قريباً أو قرب واحدة منهن. انظر : الفية مع ثيان والتحصيل ٥/١٨٢..

فهو علي كظهر أمي، أن عليه لكل امرأ أن يتزوجها كفارة، ووصوبه بعض الصحابة وقال: ألا ترى أنه إذا تزوج وواحدة وكفر عن ظهرها، ثم تزوج أخرى فقد حصل مكفرًا عن ظهرها في هذه الثانية قليل لزوم الظهار فيها^(١) ..

قال الشيخ: وهاذا يلزمه فيمن قال لأربع نسوة: إنك تزوجتكن فأنك علي كظهر أمي، لأنه إذا تزوج واحدة وكفر عنها، ثم تزوج ثانية فقد حصل مكفرًا عن هذه الثانية^(٢) قليل لزوم الظهار^(٣) فيها، وليس الأمر كما لا تذهبهم، لأن الظهار يحسن كذا لمحمد بن علي، فإنه جمع بين كونه جنة فحنت في واحدة فحنت في جميعهن، فكفارة عن واحدة كفارة عن جميعهن، وبقوله: إنك تزوجتكن، وكل امرأ أن تزوجها، سواء، لأنه جمع النساء في عنه، فبذلك^(٤) قول مالك^(٥) ..

قال مالك: ومأله^(٦) قال: فهو طالق^(٧)، لم يلزمه شيء^(٨) ..

قال ابن القاسم: والفرق بين الظهار في هذا وبين الطلاق: أن الظهار يحسن تكفر ولا يحرم النكاح عليه، والطلاق يحرم، فليس له أن يحرم على نفسه جميع النسوة^(٩) ..

قال ابن الموار: وولو تزوج المرأة ثم ملئت أو طلقها قبل أن يكفر فتنزج أخرى فلا يقربها حتى يكفر كفارة واحدة عن كل من يتزوج أبدا^(١٠) ..

(١) النظر: تهذيب الطلب لـ ٢٨/ب ..

(٢) "الطليقة" ليست في ز ..

(٣) في ز "الخت" ..

(٤) في أ، ب "طلاق" ..

(٥) وهو أنه يجوز له كفارة واحدة ..

(٦) "إنك" ليست في أ ..

(٧) أي: كل امرأة أتزوجها فهي طالق ..

(٨) النظر: الفتوة ٣/٥٧ ..

وقال عبد الحق: لا شيء عليه فيه لإدخاله فيه في الخرج .. تهذيب الطلب لـ ٢٨/ب ..

(٩) النظر: الفتوة ٣/٥٧ ..

(١٠) في أ "لين الابد" وهو خطأ ..

(١١) التراجع والتباعدات ٣٦١/ب ..

قال الشيخ :: وهنّا على مطلقا فيمن قال لأربع نسوة :: إن تزوجكن ، وقد
تقدمت ..

قال ابن الموار :: ولو كفر بعد زوال الأولى وقبل تكاح الثانية لم يحجزه إلا أن
يكون قد منى الأولى^(١) قبل أن تزول عنه ، فقد لزمت الكفارة بكل حال زوال
الضيق^(٢) ..

قال الشيخ :: يريد :: ولكن لا يبطأ الثانية حتى يكفر الكفارة التي لزمتها إذ لم
يكن كفر^(٣) ..

(١) الألف ليس في ز ..

(٢) للصدر نفسه إلى ٣١١/أب ..

فصل ٤ — في وقوع الظهار مع الإللاء

وممن المدونة : ومن قتل الأجنبية : إن تزوجتك فأنك علي كظهر أمي ، والله لأقربك ، أو قتل لها : والله لأقربك إن تزوجتك وأنت علي كظهر أمي ، فتزوجها لمسه الإللاء والظهار ، مثل من قتل الزوجه : والله لأقربك وأنت علي كظهر أمي ، ألفه مولانا منها مظاهر^(١) ..

فصل ٥ — في ظهار الرجل من امرأته وهي أمة

وممن تظاهر من امرأته وهي أمة ثم اشترعها فهو مظاهر منها^(٢) ..
قال الشيخ : يريد بذلك كذا يمين لم يحن فيها ، وهو كمن طلق زوجته وأحنقه وقد كذا ظاهراً منها يمين ألفه يعود عليه إن تزوجها ..
قال الشيخ : وقوله جعته من أصحابنا ، وقال بعض أصحابنا : معنى المسألة أنه ظاهر منها ظاهراً بمجرد أن يحن ، فذلك عليه الظهار كما يعود ذلك عليها إذا طلقها ثلاثاً ، وأما إن كذا يمين لم يحن فيها فإنه إذا اشترعها لا يعود عليه اليمين ، لأن هذا ملك يميني لا ملك عصمة ، فهو غير الملك للأمر كملك العصمة بعد الطلاق ثلاثاً ..

قال : ولكن لو ياعها ثم تزوجها فإنه يعود عليه اليمين ، لأنه بقي له طلقان قال يمين تعود عليه ميني من طلاق تلك الشئ^(٣) ..
قال الشيخ : والأول أصوب ، لأنه ظاهر من زوجه يمين لم يحن فيها ، فلا يلزمه إلا الطلاق ثلاثاً ، أصله لو كانت حرة .

(١) انظر : الدعوة ٦٠/٢ ، تهذيب الدعوة ص ١٢١ ..

(٢) انظر : الدعوة ٥٨/٣ ، تهذيب الدعوة ص ١٢١ ..

(٣) انظر : التكت والفروق ل ٨٢/١ ..

[فصل ٦ - في ظهار الرجل من امرأته وهي حرة أو محرمة أو حائض أو رتقاء أو كتيبة]

ومن المتنوعة : قال : وإن تظاهر من امرأته وهي حرة ، // أو أمة ، أو صبيبة [١٦٦هـ/١] أو محرمة ، أو حائض ، أو رتقاء ، أو كتيبة لزمه ذلك وكفارته متهين سواء ، ويلزم المسلم الظهار والطلاق في زوجته الكتيبة كما يلزمه ذلك في الحرة اللسنة . وإن تظاهر الرجل من امرأته قبل النكاح أو بعده وهو رجل بالغ فتلك سواء ويلزمه ، ألا ترى أنه لو تظاهر من أمة له لم يطأها قط لزمه الظهار في قول مالك ، قاله زوجة أخرى وأشد في الظهار^(١) .

[فصل ٧ - في ظهار العبد من امرأته]

وإن تظاهر العبد من امرأته وهي حرة أو أمة لزمه ، وكفارته منهما سواء . ابن شهاب : ويلزمه الظهار كالحر . قال ابن سيرين : وليس عليه أن يكفر إلا بالصيام^(٢) . ابن حبيب : قال ابن القاسم عن مالك : ولا يدخل على العبد في تظاهرة الإيلاء إلا أن يكون مضراً لا يريد أن يقي ، أو يمنعه أهله الصيام بأمر لهم فيه عذر ، فهذا يضرب له أجل الإيلاء إن رفعته . قال أصبغ : إذا منعه أهله الصيام فليس بعذر ، ولا كلام لامرأته ولتصير . وقال ابن القاسم : إن منعه سيده الصيام وأذن له في الإطعام أجزأه . وقال ابن الماجشون : ليس لسيده منعه الصيام وإن أضرب به ذلك في عمله^(٣) . قال الشيخ : لأن إذنه له في النكاح إذن له في الظهار . وفي الباب الأول مسألة المجوسي يسلم ثم يظاهر من زوجته فتسلم هي بقرب ذلك أنه يلزمه^(٤) .

(١) : (٢) : انظر : المدونة ٣/٥٩٠ ، تهذيب المدونة ص ١٢١ .

(٣) : التوارد والزيادات ل ٣٦٣/١ .

(٤) : انظر ص ٧٥٣ .

قال الشيخ : وحكي لنا عن بعض شيوخنا القرويين في التظاهر المضار إذا ضرب له الأجل لامتناعه من الكفارة وهو قادرٌ عليها : إنما يضرب له الأجل من وقت تبين ضرره ، ورأى أن هذا^(١) الذي يقتضيه منهج الكتاب^(٢) .

ونقل عن غير واحد من المختصين^(٣) المسألة على غير هذا ، إنما يضرب له الأجل من يوم التظاهر ، ومثل هذا الذي نقلوه في كتاب محمد فاعلمه^(٤) .

ومن الملوثة : قلت : ولم أدخل عليه مالك الإيلاء إذا علم أنه مضارٌ وهو^(٥) لم يخلف على ترك الوطء؟

قال : لأن مالكاً قال : كل عيّن منعت الجماع فهي إيلاء ، وهو إذا كف عن الوطء وهو يقدر على الكفارة عَلمَ أنه مُضَار ، فيدخل عليه الإيلاء ، وليس التظاهر بحقيقة الإيلاء ، ولكنه مثل من حلف بالطلاق ليفعلن كذا ، وهو قادرٌ على فعله ، فيمنع من الوطء ، لأنه في عيّن على حثٍ فيدخل عليه الإيلاء ، وقاله ربيعة وابن شهاب .

قال ابن القاسم : وإن قال : أنا أكفر ، ولم يقل : أنا أظأ ، فذلك له ، لأن قيته الكفارة ليس الوطء ، فإذا كفر كان له أن يطأ بلاكفارة ، وإن كان لا يعلم منه ضررٌ وكان يعمل في الكفارة فلا يدخل عليه الإيلاء . وإذا كان من أهل الصوم فمضت أربعة أشهر ولم يصُم قلها إيقافه .

وروى غيره : أن وقفه لا يكون إلا بعد ضرب السلطان له الأجل ، وكل مالك ، والوقف بعد ضرب السلطان^(٦) الأجل أحسن ، فإذا أوقفه فقال : أنا أصوم شهرين عن ظهاري ، أو كان ممن يقدر على عتق أو إطعام فقال : أخروني حتى أعتق أو أطعم ، أخره الإمام مرة أو^(٧) مرتين أو ثلاثاً ، فإن لم يأخذ في ذلك بعد التلوم فرق بينهما ، لأنه مضارٌ كالمولي إذا وُفِّق فقال : أنا أفني ، فاختاره الإمام مرة

(١) "هذا" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٨/ب ، ٢٩/أ .

(٣) في أ ، ب زيادة "من" .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل ٢٨/ب ، ٢٩/أ .

(٥) "هو" ليست في ز .

(٦) "السلطان" ليست في أ ، ب .

(٧) مرة أو" ليست في ز .

بعد مرة^(١) فلم يقف^(٢) وعرف كذبه ولم يكن له عذرٌ طلق عليه ، وهذا اللحن مستوعبٌ في كتاب الإيلاء^(٣) .

ومن قال لامرأته : إن وطئتك فأتت علي كظهر أمي ، فهو مول حين تكلم بذلك ، فإن وطئ سقط عنه الإيلاء ولزمه الظهار بالوطء ، ولا يقربها بعد ذلك حتى يكفر كفسارة الظهار ، فإن لم يكفر كان سيئه كما وصفنا في المظاهر المضار^(٤) .

قال ابن المواز : وليس لهذا المولي أن يبحث بالإصابة ، لأن بقية وطئه يقع في امرأة ظاهر منها ، وهو ممن لا تنفعه الكفارة قبل وطئه ، لأنه لم يصر فيها مظاهراً حتى يطأ ، وقد قيل : تعجل عليه طلبة الإيلاء ، إذ لا بد منها .
وقد قيل : حتى يتم أربعة أشهر كالحالف ألا يطأ ألبتة^(٥) .

قال الشيخ : فعلى مذهب ابن المواز إذا وطئ في هذه المسألة^(٦) فالكفارة تلزمه وإن ماتت المرأة أو طلقها^(٧) .

وقال ابن القاسم في العتية : إذا وطئها مرة ثم ماتت أو طلقها ألبتة فليس عليه كفارة إلا أن يطأها ثانية ، فهذا قد لزمته الكفارة ، بانت منه أو مات^(٨) .

(١) "بعد مرة" ليست في ز .

(٢) في أ ، ب "لم يقف" .

(٣) وسيأتي ، وهو الكتاب الحادي عشر .

(٤) انظر : المدونة ٦٢٤٦١/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢١ .

(٥) وهو ممن لا رجعة له إذا طلق عليه ، وهما يتوارثان في العدة .

النواذر والزيادات ل ٣٦٧/١ .

(٦) أي إن قال : إن وطئتك فأتت علي كظهر أمي .

(٧) لأنه بأول الملاحاة حث وزال الإيلاء ، وباقى وطئه يلزمه به الكفارة عن ظهاره . انظر :

النكت والفروق ل ٨٢/ب .

(٨) انظر : العتية مع البيان والتحصيل ١٨٨/٥ ، النواذر والزيادات ل ٣٦٢/ب .

قال ابن القاسم : وكنت لك في كفارة القتل ^(١) ..

قال : ومن صام ثلاثة أيام في الحج ثم وجد ثمن الهدي في اليوم الثالث فليصم على صومه ^(٢) ، وإذا وجد ثمنه في أول يوم قتل شاة أهلي أو أهلي في صومه ^(٣) ..

ابن اللواز : وكنت لك في كفارة اليمين بالله عز وجل ^(٤) ..

وقال ابن عبد الحكم : صيام اليمين بالله ^(٥) والظهار والقتل والتمتع كله سواء إن لم يصم إلا يومين ثم أيسر فليرجع إلى ما يجب عليه ^(٦) .

فصل [٢] — في كفارة العبد في الظهار وغيره

ومن المدونة : قال مالك : وإذا تظاهر العبد فليس عليه إلا الصوم ولا يطعم وإن أذن له سيده ، والصوم أحب إلي .
قال ابن القاسم : بل هو الواجب عليه ، ولا يطعم من قدر أن يصوم ^(٧) .

(١) وهي النصوص عليها بقوله تعالى : ﴿ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ . سورة النساء : آية ٩٢ .

(٢) وقد ورد ذكر هذا الصيام في القرآن ، وهو عشرة أيام على من تمتع بالحج ولم يجد الهدي ، قال الله تعالى : ﴿ فَإِذَا أَنتُم مِّنَ الْحَجِّ إِلَى الْبَيْتِ فَلْيَمْسِكُوا بِهِنَّ الْغُصْنَ إِنْ كُنْتُمْ عَلَيْنَ فِدَايَ لَكُمْ بِهِ عَذَابٌ أَلِيمٌ فَذَلِكُمُ الْيَوْمَ الْكَلِمَةُ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَسَبْعَةٌ إِذَا رَجَعْتُمْ إِلَى الْبَيْتِ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ﴾ . سورة البقرة : آية ١٩٦ .

(٣) انظر : للمدونة ٨٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢١ .

(٤) وهي النصوص عليها بقوله تعالى : ﴿ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَوْ لِبَاسُهُمْ أَوْ كَسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾ . سورة المائدة : آية ٨٩ .

(٥) بالله " ليست في ز .

(٦) أي من إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقية في كفارة اليمين ، والعنق في كفارتي الظهار والقتل ، ولئن الهدي في صوم التمتع .

(٧) انظر : للمدونة ٦٤/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢١ .

الأبهري : معنى قول مالك : إن العبد عجز عن الصيام فأذن له سيده في لإطعام ، فقال : أحبُّ إلي أن يؤخَّر ذلك حتى يقدر على الصيام^(١) .
ابن لمواز : والعبد إنما عليه أن يكفِّر بالصوم ، فإن منعه سيده وكان يضرُّ ذلك به بقي على ظهره حتى يجد سبيلاً إلى الصيام ، فون تركه كان حيثنَّه مُضاراً يدخل عليه الإيلاء .

قال : فإن لم يضر الصوم بالسيد وراد منعه ليفرق بينه وبين امرأته جبر على أن لا يمنعه من الصيام .

ومن كتاب ابن سحنون : قال مالك : وإذا كان عبدٌ مخَّرَجٌ يودي خراجَه فلا يمنعه ، وإذا قوي فلا يمنعه^(٢) .

وفي الموطأ قال مالك : لا يدخل على لعبد الإيلاء في ظهره ، لأنه لو دخل عليه الإيلاء في ظهره لَطُلَّقَ عليه قبل أن يفرغ من صيمه^(٣)^(٤) .

ومن المدونة : قال مالك : وأما العتق فلا يجزئه في شيء من الكفارات وإن أذن له السيد ، إذ الولاء لسيده .

قال مالك : وإن أذن له أن يطعم في اليمين بالله تعالى أجزاءه .

وفي قلبي منه شيء ، والصيام أبين عندي .

قال ابن القاسم : وإن أضعه بـإذن سيده أجزاءه ، لأن سيده لو كفَّر عنه بالطعام^(٥) ، أو رجلٌ كفَّر عن صاحبه له بالطعام بـإذنه أجزاءه^(٦) .

(١) أي فيصوم لأنه هو الواجب عليه . انظر : التكت والفروق لـ ٨٣/١ .

(٢) انظر : انوار وامتزيادات لـ ٣٦٢/ب ، ٣٦٣/أ .

(٣) لأن صيامه شهران وأجله شهران . انظر : المتقى ٥٢/٤ .

(٤) نظر : الموطأ ٤٤١/٢ .

(٥) في أ ، ب "بالصيام" ، وهو تحريف .

(٦) نظر : المدونة ٦٥،٦٤/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢١ .

[الباب السادس]

فبمن ظاهر من امرأته ثم ماتت أو طلقها
أو كفر عنها وليست له بزوجة /

[١/١٦٧]

قال الله تعالى : ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ يَا قُلُوبَ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾^(١) أي : مؤمنة ، فإنما أوجب الكفارة بعد نية العودة ، ومعنى العودة فيه قاله كثير من التابعين : رادة البوطء وليس البوطء ، لأن الله تعالى منع منه قبل الكفارة بقوله : ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾^(٢) ، فإذا نوى عودة لجماع كفر . ولو كفر قبل مراده لذلك لم يجزه وإن أراد بعد الكفارة^(٣) .

قال الشيخ : وقيل : إن لعودة نوطء . لأن الظهار إنما اقتضى تحريم الوصء ولعودة هو الإقدام عليه دون العزم ، لأن الإقدام هو مخالفة الكف والامتنع ، وكذلك وجه بعض لبغداديين^(٤) .

قال ابن سحنون عن أبيه : ولمتظهر إذا كفر بغير نية العودة ، لكن يريد أن يطلقها ويقول : متى راجعتها حلت لي بغير ظهار علي ، قال : لا يجزئه حتى ينوي العودة ، وأكثر قول أصحابنا : أن من كفر بغير نية العودة لا يجزئه^(٥) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن ظاهر من زوجته ثم طلقها وحده أو ثلاثاً فبانت منه ثم عتق عن ظهره منها ، أو صام ، أو أطعم ، ثم تزوجها بعد ذلك لم تجزه تلك الكفارة ، لأنه أخرجها قبل وجوبها ومتى تزوجها رجع عليه^(٦) الظهار .

(١) ، (٢) سورة المجادلة : آية ٣ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٧ / أ .

(٤) انظر : المعونة ٨٩١ / ٢ .

(٥) النواهر والزيادات ل ٣٦٢ / ب .

(٦) "عليه" ليست في ز .

ومن قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت عسي كظهر أمي ، وكفّر عن ظهاره هذا ، ثم تزوجها لم تجزه تلك لكفارة ، لأنه كفّر قبل نية العودة ، ولا ينوي ذلك فيمن ليست في عصمته ولا يكفّر قبل حنثه ، وقد قال الله تعالى : ﴿ تُمْ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ﴾^(١) .

قال ابن القاسم : وبعودة إرادة الوطء ، والإجماع عليه ، فمن كفّر قبل إرادتها كان كمن كفّر عن غير شيء وجب عليه^(٢) .

قال مالك : وإن وطئ المتظاهر منها قبل أن يكفّر ناسياً أو عامداً في ليل أو نهار لزمته الكفارة لجماعه ذلك ماتت بعد^(٣) ذلك زوجته هذه أو مات عنها أو طلقها^(٤) .

قال : وإن طلقها واحدة أو ثلاثاً قبل أن يطأها فلا كفارة عليه إلا أن يتزوجها يوماً ما ، فيعود عليه الظهار ولا يطأ حتى يكفّر ، ولو طلقها قبل أن يمسه وقد عمل في الكفارة لم يلزمه تمامها .

- قال الشيخ : يريد : وإن كان الطلاق رجعيّاً - .

قال ابن نافع : وإن أتمها أحزّه إذ أريد العودة قبل الطلاق^(٥) .

قال الشيخ : يريد وإن كان الطلاق ثلاثاً .

أبو محمد : وروى أشهب عن مالك ، وقاله عبد العزيز بن أبي سلمة : إذا نوى العودة ثم طلق ، أو ماتت فقد لزمته الكفارة^(٦) .

وروى ابن القاسم خلافاً : أنه إن أجمع على إمساكها يريد الوطء ثم أخذ في الكفارة ثم طلقها أو ماتت قبل تمامها أنه لا شيء عليه إلا أن يتزوج الحية فعليه الصيام من أوله ، ورواه أيضاً أشهب .

(١) سورة المجادلة : آية ٣ .

(٢) أي فلا يجزئه .

(٣) في أ ، ب "قبل" .

(٤) انظر : المدونة ٣/٦٥ ، تهذيب المدونة ص ١٢٢ ، ١٢٢ .

(٥) انظر : المدونة ٣/٧٨ ، تهذيب المدونة ص ١٢٢ .

(٦) وقاله أصبغ .

ولو كان طعاماً فقال أصبغ : يبي ، وقال أشهب : يثدي .

وذكر ابن المواز عن مالك^(١) في المصاهر إذا طلق بعيم أخذ في الكفارة
فتمادى في الكفارة حتى أتمها في لعدة أجزاء ذلك إن كان طلاقه رجعيّاً ، ارجع
بعد ذلك أو لم يرجع . كنت الكفارة صياماً أو طعاماً ، وإن كان الطلاق بائناً لم
يحزه تمام الكفارة في العدة^(٢) ، ثم إن تزوجها يوماً م ، أو كانت بكفارة صوماً
ابتدأها ، وإن كانت طعاماً بنى عسى ما كان أصعم قبل أن تبين منه حور تفرقة
انطعام . /

ب/١٦٧]

قل ابن المواز : وهذا قول مالك وابن القاسم وابن وهب ، وأصح ما انتهى
إينا^(٣) .

(١) "عن مالك" ليست في ز .

(٢) لأنها بائنت منه .

(٣) انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٦٢/١ .

[الباب السابع] في الصيام في كفارة الظهار ومن أكل في صومه ، أو وطئ ، أو مرض

قال الله تعالى : ﴿ قَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ۖ ﴾^(١) ، قال ابن القاسم : فمن أكل نسيئاً ، أو مرض في صوم ظهار ، أو قتل نفساً ، أو نذر متتابع ، أو أكره على لفطر ، أو تقياً ، أو ظناً أن الشمس قد غابت فأكل ، أو أكل بعد فجر ولم يعلم ، أو وطئ نهاراً غير التي تظاهر منها ناسياً ، فبقيض في ذلك كله يوماً ويصله بصومه ، فإن لم يفعل بدأ الصوم من أوله .
قال : وله^(٢) أن يطأ غير التي تظاهر منها في حلال الكفارة ليلاً في صوم ، أو نهاراً في الإطعام ، كانت الموطوءة زوجته أو أمته ، وإن وطئ التي تظاهر منها ليلاً ، أو نهاراً ، أول الصوم أو آخره ، نسيئاً أو عامداً بدأ الشهرين .
وكذلك حكم الإطعام إذا أطلع بعض المساكين ، وإن لم يسق إلا مسكيناً واحداً ثم جامع استأنف الطعام ، لقوله تعالى : ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ۖ ﴾^(٣) .
وكذلك من وطئ في الحج ناسياً أو عامداً فعليه أن يتم حجه ويقضيه من قابل^(٤) .

قال ابن القاسم : ومن صام عن ظهاره شهراً ثم مرض ، وهو لا يجد رقبة لم يكن له أن يطعم ، وإن تمادى به المرض أربعة أشهر لم يدخل عليه الإيلاء ، لأنه غير مضر ، وتنتظر إفاقته ، فإن صح صام ، لا أن يعلم أن ذلك المرض لا يقوى صاحبه على الصوم بعده ، فيصير حينئذ من أهل لإطعام^(٥) .

(١) سورة المجادلة : آية ٣ .

(٢) وله ' ليست في أ .

(٣) أي في التكفير بالعتق والصيام ، وم يذكره على في الإطعام ، وقد مثل بن لقاسم عن ذلك فقال : بما عمل لطعم عد مالك بعمل عتق وأصيم لأنها كفارة الظهار كلها ، فكس كفارة الظهار تحمل عملاً واحداً تجعل كلها قبل اجماع . المدونة ٦٧/٣ .

(٤) نظر : المصدر نفسه ٦٦/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٢ .

(٥) نظر : المدونة ٦٧/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٢ .

وقال أشهب : إذا مرض صار من أهل الإطعام^(١) .
 قال^(٢) في باب بعد هذا^(٣) : ومن تظاهر وهو مريضٌ مثل الأمراض التي يصح
 من مثلها الناس فليُنظر حتى يصح ثم يصوم إذا كان لا يجد رقبة ، وكل مرض يطول
 بصاحبه ولا يدري أيراً منه أم لا لطول^(٤) ذلك المرض به ، ولعنه يحتاج إلى أهله ،
 فيطعمهم ويصيب أهله ، ثم إن صح أجزاء ذلك الإطعام ، لأن مرضه كان إياساً^(٥) .
 وقال أشهب : إذا صام مرضه فإن رجى برؤيه وقد احتاج إلى أهله
 فليطعمهم^(٦) .

قال مالك : ومن تظاهر من مرأته وليس له إلا خادمٌ واحدة ، أو دارٌ
 لأفضل فيها ، أو عرضٌ قيمته^(٧) ثمن رقبة ، لم يجزه إلا العتق ، ولا يجزئه الصوم ،
 لأنه يقدر على العتق ، وقد قال الله تعالى : ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ﴾^(٨) . وهذا واحد .
 قال : ومن تظاهر من أمته ولم^(٩) يكن له غيره لم يجزه الصوم ، وأجزأه
 عتقها عن ظهاره ، وله أن يتزوجها بعد ذلك إن رضيت به .
 قال : ومن صام شهراً وأطعم ثلاثين مسكيناً عن ظهاره لم يجزه ، وكذلك
 لو أعتق نصف رقبة وأطعم ثلاثين مسكيناً أو صام شهراً لم يجزه^(١٠) .

(١) انظر : المدونة ٦٧/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٢ .

(٢) أي ابن القاسم .

(٣) أي من المدونة وهو باب في مرض المتظاهر من أمراته وهو صائم .

(٤) في أ ، ب 'يطول' ، وهو تحريف .

(٥) ، (٦) نظر : المدونة ٨٠/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٣ .

(٧) "قيمته" ليست في ز ، وفي أ ، ب "به" .

(٨) سورة المجادلة : آية ٤ .

(٩) "ولم" ليست في أ .

(١٠) انظر : المدونة ٦٧/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٢ .

[الباب الثامن] في الإطعام في كفارة الظهار

قال الله تعالى : ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾^(١) ، فلم يستثن الوسط من الشبع كما ذكر في كفارة ليمين بالله عز وجل^(٢) ، فيبغى أن يكون الشبع مُدِين إلا ثلثاً بمد النبي صلى الله عليه وسلم عدل من لشبع ، وهو عيارُ مدِّ هشام ، فمن أخرج به أجره ، وقاله مالك^(٣) .

وروى ابن وهب ومطرف عن مالك : مُدِين لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم في الظهار^(٤) .

وروى البغداديون : أن مدَّ هشام مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم ، [١/١٦٨] وقالوا : لم أبهم الله عز وجل كفارة الظهار وفدية الأذى^(٥) فلم يذكر فيها وسطاً ، ونص برسول عليه الصلاة والسلام على مُدِين في فدية^(٦) لأذى^(٧) ، كان الظهار مثله^(٨) ، والله أعلم .

(١) سورة المجادلة : آية ٤ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى فيها : ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ .

سورة المائدة : آية ٨٩ .

(٣) انظر : المدة ٦٨/٣ .

(٤) وزاد مطرف : ويكره أن يقال مد هشام انظر : نوادر والزيادات لـ ٣٦٥/١ .

(٥) أي للمحرّم بسبب المصوص عليها بقوله تعالى : ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أذىٌ مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسْكَ﴾ . سورة البقرة : آية ١٩٦ .

(٦) "فدية" ليست في أ ، ب .

(٧) أي لكل مسكين والمدان نصف الصاع ، أخرجه البخاري ، كتاب العصر ، باب الإطعام في

الفدية نصف صاع ٢٠٨/٢ بلفظ : "لكل مسكين نصف صاع" ، ومسلم ، كتاب الحج ،

باب جواز من حلق لرأس للمحرّم إذا كان به أذى ٨٦٢/٢ رقم (١٢٠١) بلفظ : "أو أطعم

ثلاثة أصبع من تمر على ستة مساكين" .

(٨) انظر : المعونة ٨٩٥/٢ .

وروى ابن حبيب : أَنَّ مَدَّ هِشَامَ الَّذِي جَعَلَهُ لِفِرَاضِ الزَّوْجَاتِ مَدٌّ وَثَنٌ .
وروى ابن القاسم : أَنَّهُ مُدَّانٌ إِلَّا ثَنٌ ، وَرَوَى بَغْدَادِيُّونَ : أَنَّهُ مُدَّانٌ بِمَدِّ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ^(١) .

وَمِنَ الْمُدُونَةِ : قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : فَإِنْ كَانَ عَيْشُ بَنِيهِمْ تَمَرًا أَوْ شَعِيرًا أَطْعَمَ مِنْهُ فِي الظَّهَارِ عَدْلٌ شَبْعٌ مَدَّ هِشَامَ مِنَ الْخِنْطَةِ .

قَالَ مَالِكٌ : وَيُطْعَمُ مِنَ التَّمْرِ أَوْ الشَّعِيرِ فِي كَفَّارَةِ الْأَيْمَنِ إِذَا كَانَ عَيْشُهُمْ عَشْرَةَ مَسَاكِينَ وَسَطًا مِنْ شَبْعٍ شَعِيرٍ وَتَمَرٍ ، لِأَنَّ طَعَامَ الْأَيْمَانِ فِيهِ شَرْطٌ ^(٢) ، وَلَا شَرْطَ فِي طَعَامِ الظَّهَارِ ، فَلَا يَكُونُ إِطْعَامُهُ إِلَّا شَبْعًا ، وَلَا أَحَبُّ أَنْ يُغَدَّى وَيُعَشَّى فِي الظَّهَارِ ، لِأَنَّ الْغَدَاءَ وَالْعِشَاءَ لَا أَضْنَهُ يَبْلُغُ مَدًّا بِالْهَاشِمِيِّ ، وَلَا يَنْبَغِي ذَلِكَ فِي فِدْيَةِ الْأَذَى أَيْضًا ، وَيَجْزِي ذَلِكَ فِيمَا سِوَاهُمَا مِنَ الْكَفَّارَاتِ ، وَيَكُونُ مَعَ الْخَبْزِ إِدَامٌ ، فَإِنْ كَانَ الْخَبْزُ وَحْدَهُ وَفِيهِ عَدْلٌ مَا يَخْرُجُ مِنَ الْخَبْزِ أَجْزَأُهُ ^(٣) .

وَمِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَازِ : وَمَنْ غَدَّى أَوْ عَشَّى خَبْزَ الْبُرِّ وَالْإِدَامَ فِي ظَهَارٍ لَمْ يَنْبَغِ ذَلِكَ لَهُ ^(٤) وَلَا إِعَادَةُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَطْعَمَ عَنْ ظَهْرِهِ شَعِيرًا وَهُوَ يَأْكُلُ الْقَمْحَ ، أَوْ ذَرَّةً وَهُوَ يَأْكُلُ لَشَعِيرٍ لَمْ يَجْزِهِ .

قَالَ : وَإِنْ أَطْعَمَ شَعِيرًا وَهُوَ يَأْكُلُ الذَّرَّةَ أَجْزَأُهُ إِذَا زَادَ ^(٥) مَبْلَغُ شَبْعٍ لِقَمْحٍ ، وَقَالَ أَشْهَبٌ ^(٦) .

- (١) انظر : التوارد والزيادات ل ٣٦٥/١ ، تهذيب الطالب ل ٢٩/١ .
- قار القاضي عبد الوهاب عن مد هشام : وقد اختلف في مقداره فقيل : مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم ، وقيل : أقل من مدان . لمعونة ٨٩٥/٢ .
- (٢) وهو أن يكون من الوسط كما في الآية .
- (٣) انظر : المدونة ٦٨/٣ ، ٦٩ ، تهذيب المتنونة ص ١٢٢ .
- (٤) "له" ليست في ز .
- (٥) في ز "أراد" ، وهو تحريف .
- (٦) التوارد والزيادات ل ٣٦٥/١ .

ومن المدونة : قال ابن قاسم : ويخرج في كفارة لأيمان وسائر الكفارات ، والطعام في الجزاء^(١) ، وفي الإفطر في رمضان وفي كل شيء مَدًّا لكل مسكين بمَدِّ النبي عليه الصلاة والسلام خلا فدية الأذى وكفارة الظهار ، فإنه يُخرج في فدية الأذى مَدِّين لكل مسكين بمَدِّ النبي صلى الله عليه وسلم ، ويخرج في كفارة الظهار مَدًّا بمَدِّ هشام لكل مسكين كما وصف .

قال سحنون : فَمَا كفارة قتل النفس فلا إطعام فيها^(٢) .

قال ابن اقسام ومن أعطى في سائر كفارات من لذي هو عيشتهم أجزأه ، ولا يجزئ في ذلك دقيق أو سويق^(٣) أو عروض أو دراهم فيها وفاء بقيمة الطعام^(٤) .
وقال ابن حبيب : إذا أخرج السقيق برِيعه^(٥) أجزأه^(٦) .

قال الشيخ : ولا يخافه بن القاسم في ذلك ، لأنه عُطِيَ ما يلزمه ، وتَصَوَّع لهم بطحنه ، كما أجزأه إذا أعطاهم خُبْزًا ، فكذلك يجزئه دَقِيقًا .

ومن المدونة : قال بن اقسام : ومن أعطى في لظهار ستين مَدًّا بالهاشمي عشرين ومئة مسكين . نصف مَدٍّ نصف مَدٍّ يجزه ، لا أن يزيد ستين منهم لامن غيرهم ، نصف مَدٍّ لكل واحد فيجزئه^(٧) ، وإن عُطِيَ ذلك لثلاثين مسكيناً لكس

(١) أي جزء الصيد بن قلبه محرم ، لقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَتُمْ حُرْمَ وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَتَعَمًا فَجْزَاءً مِمَّا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُرَ النَّاسُ مَا ظَهَرَ مِنْهُمْ وَلَعَلَّ يُتَّقَى ۚ﴾ الآية . سورة المائدة : آية ٩٥ .

(٢) لأن الله لم يذكر فيه إلا لعنق والصيد ، فقال تعالى : ﴿وَمَنْ كَفَرَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْكُمْ فَعَلَيْهِ نَصِيبُ مِمَّا كَسَبَ ۚ﴾ الآية . سورة المائدة : آية ٩٥ .

(٣) السويق : هو ما يتخذ من الخنطة والشعير . انظر : المن ، مادة (سَوَق) .

(٤) انظر : المدونة ٦٨٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٢ .

(٥) "بريعه" مكانها بياض في أ .

والمراد بالربيع هنا أي زيادة الدقيق عند الطحن وفضله على كبل الخنطة .

انظر : المن ، مادة (رَبِيع) .

(٦) وقال ذلك عبد الحق أيضا . انظر : الكت والعروق ل ٨٣/١ .

(٧) وذلك ليستكمل ستين مسكيناً لكل مسكين مد بالهاشمي .

مسكينٍ مُدَّينٍ لم يجزه حتى يعطي لكل مسكينٍ مُدًّا مُدًّا^(١) .

- قال الشيخ : يريد ويجزيه أن يعطي ثلاثين من غيرهم مُدًّا مُدًّا . -

قال ابن القاسم : ولا يجزئ في فدية الأذى أن يعطي إثني عشر مسكيناً مُدًّا مُدًّا ، ولكن يطعم ستة مسكينٍ مُدَّينٍ مُدَّينٍ^(٢) بمُدِّ النبي صلى الله عليه وسلم ، وكذلك في كفارة الإفطار في رمضان لا يجزيه أن يعطي ثلاثين مسكيناً مُدَّينٍ مُدَّينٍ ولا عشرين ومئة ، نصف مُدٍّ نصف مُدٍّ ، ولكن يعطي ستين مسكيناً نكس مسكينٍ مُدًّا مُدًّا بمُدِّ النبي صلى الله عليه وسلم .

قال : وإن أضعف في كفارة الظهار حنطة ثم ضاق السعر حتى صار عيشهم التمر أو الشعير ، أو خرج إلى بلدٍ عيشتهم ذلك جزأه أن يطعم من ذلك ثلاثين مسكيناً ، وكذلك هذا في جميع الكفارات . /

- قال الشيخ : يريد : إذا لم يعتمد الخروج إلى ذلك البلد ليخفف عن نفسه ، وقوله سحنون^(٣) . -

قال : وإن أضعف في كفارة ظهار ثلاثين مسكيناً ثم لم يجد في بلده غيرهم لم يجز أن يعطيهم في غدي بقية الكفارة ، وليبعث بها إلى بلدٍ آخر .

قال مالك : ومن عيه كفارتان عن يمينين فأعطى اليوم مساكين عن أحد يمينيه ، ثم لم يجد في غدي غيرهم فلا يعجبني أن يعطيهم عن يمين الأخرى .
قال ابن القاسم : كانت اليمين الأولى أو مخافةً لها كيمينٍ بالله مع ظهارٍ ونحوه .

- قال ابن الموز عن ابن القاسم : فإن فعل أجزاءه إن لم يجد غيرهم . -

(١) قال ابن القاسم : إذا نظر في هذا بل عدد المساكين ، وإذا استكمل عدد المساكين ، فأكمل لهم ما يجب لكل مسكين أجزاء ذلك ، وإن استكمل عدد المساكين ونقصهم مما يجب لهم في الكفارة لم يجز ذلك عنه . المسونة ٧٠/٣ .

(٢) أي لكل مسكينٍ مُدَّينٍ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٩ / ١ .

قال يونس بن عبيد^(١) : إلا أن تحدث عيه اليمين الثانية بعد ذلك فليطعمهم في عليه إن شاء .

قال ابن القاسم : ولا يطعم في شيء من الكفارات من فيه عَقَّة رَقٍ ولا ذمياً ولا غنياً ، فإن فعل أعاد .

- قال الشيخ : لأن الله تعالى جعلها للمساكين فلا تكون في غيرهم . -

قال مالك : ولا يجزئ أن يطعم في الكفارات كلها إلا حرراً مسلماً مسكيناً^(٢) .

قال : ولا يطعم في شيء من الكفارات أحداً من قرابته وإن كانت نفقتهم لا تلزمه ، فإن طعم من لا تلزمه نفقتهم أجزأه إن كانوا محاييج .

قال : ويطعم الرضيع من الكفارات إذ كان قد أكل لطعام .

قال ابن القاسم : ويُعطى ما يُعطى الكبير ، فإن كان في يمين بالله أعطي مُدّاً بِمُدِّ النبي صلى الله عليه وسلم^(٣) .

(١) هو يونس بن عبيد بن دبير البصري ، مولى لعبد القيس ، من صغار التابعين ، إمام ، قدوة ، حجة ، ثقة ، كثير الحديث ، حدث عن الحسن البصري وابن سيرين وعطاء وعكرمة وغيرهم توفي سنة ١٣٩ هـ .

انظر : الطبقات ١٩٢/٧ ، سير أعلام النبلاء ٤٦٠/٦ ، شذرات الذهب ٢٠٧/١ .

(٢) وقاله ربيعة ونافع مولى ابن عمر وغيرهما . انظر : الملونة ٧١/٣ .

(٣) وإن كان في كفارة الظهار أعطي بمد هشام ، وإن كان في فدية الأذى أعطي مدين بمد النبي صلى الله عليه وسلم .

انظر : المصدر نفسه ٧٠/٣-٧٢ ، تهذيب الملونة ص ١٢٢ .

[الباب التاسع] في العتق في كفارة الظهار

[فصل ١ - فيما يجزئ من الرقاب في الكفارات]

ولما ذكر الله عز وجل في عتق قتل النفس رقية مؤمنة^(١) كان كذبك في الظهور وغيره من الكفارات^(٢).

وفي حديث السوداء^(٣) ما دلَّ على ذلك ، إذ قال ربُّها للنبي صلى الله عليه وسلم : عليّ رقية أفأعتقها؟^(٤) ولم يذكر عمّاذا نزمته ، فلم يأمره النبي صلى الله عليه وسلم بعتقها حتى سأله : "أين الله؟" فقالت : في السماء ، فقال : "من أنا؟" فقالت : رسول الله ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم حينئذ : "أعتقها"^(٥) ، وفي غير حديث مالك : "نِهَا مُؤْمِنَةٌ"^(٦).

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَمَا كَلَّا لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَا وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَا فَتَحْرِيرُ رَقَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ . سورة النساء : آية ٩٢ .

(٢) كفارة اليمين وكفارة الجماع في نهار رمضان حملاً للمطلق على المقيد .

(٣) وهي مولاة لمعاوية بن الحكم السلمي رضى الله عنه كما في صحيح مسلم ، وقد سمَّاه مالكٌ عمر بن الحكم ، قال ابن حجر : وخالف فيه أكثر الناس . انظر : الإصابة ٤١١/٣ .

(٤) قال ذلك بعد أن قلَّ : يا رسول الله إن جارية لي كانت ترعى غنماً لي ، ففجتها وقد فقدت شاة من الغنم ، فسألته عنها ، فقالت : أكلها النُجُب ، فأُسيغت عليها ، وكنت من بني آدم فلطمست وجهها .

(٥) أخرجه مالك ، كتاب لعنوا والبراء ، باب ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة ٥٩٥،٢ رقم (٨) .

(٦) أخرجه مسلم ، كتاب لمساجد ومواضع الصلاة ، باب تحريم الكلام في الصلاة ونسخ ما كان من إباحته ٣٨١/١، ٣٨٢، رقم (٥٣٧) .

ولا تجزئ ذات العيب البين في رقبة ولا هدي أو نسلك، ونهى نرسول صلى
 لله عليه وسلم عن ذوات العوار في النسل^(١) .
 وسئل عليه الصلاة والسلام : أي الرقاب أفضل ؟ فقال : "أغلاها ثمناً
 وأنفسها عند أهلها"^(٢) .
 قال مالك : لا تجزئ في نظهار وغيره من الكفريات إلا رقبة مؤمنة سليمة
 من العيوب الفاحشة^(٣)
 قال أصبغ : ومن أعتق منقوساً^(٤) عن ضهاره ثم كبر فكان خرس ، أو
 مقعداً أو أصماً^(٥) أو مطلقاً جنوناً فلا شيء عليه . وقد أجزأه ، وهذا شيء يحدث ،
 وكذلك في^(٦) البيع لا يرد بذلك^(٧) .

(١) فقد روى البراء بن عازب رضي الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل : ماذا يتقى
 من الضحايا؟ فأشار بيده وقال : "أربعاً ، وكان البراء يشير بيده ويقول : يدي أقصر من يد
 رسول الله صلى الله عليه وسلم" بعرجاء سين طلعها . والعوراء البين عورها ، والمرضة البين
 مرضها ، والعجفاء أني لا تقى" .

أخرجه أبو داود ، كتاب الضحايا ، باب ما يكره من الضحايا ٢٣٥/٣ رقم (٢٨٠٢) ،
 والترمذي ، كتاب الأضاحي ، باب ما يجوز في الأضاحي ٧٢/٤ رقم (١٤٩٧) وقال :
 حديث حسن صحيح ، والنسائي ، كتاب الضحايا ، باب ما نهى عنه من الأضاحي ١٥٣/٧
 رقم (٤٣٦٩) ، وابن ماجه ، كتاب لأضاحي ، باب ما يكره أن يضحي به ١٠٥٠/٢ رقم
 (٣١٤٤) ، وأحمد ٣٤٨/٤ رقم (١٨٥٣٧) . ومالك ، كتاب الضحايا ، باب ما نهى عنه
 من الضحايا ٣٨٤/٢ رقم (١) ، وابن حبان ، كتاب الأضحية ، باب ذكر الزجر عن أن
 يضحي المرء بأربعة أنواع من الضحايا ٥٦٥/٧ رقم (٥٨٨٩) وصححه ، والحاكم ، كتاب
 المناسك ٦٤٠/١ رقم (١٧١٨) وصححه ، ورافقه الذهبي .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب الرهن في احضر ، باب أي الرقاب أفضل ١١٧/٣ .

(٣) انظر : المدونة ٧٥/٣ .

(٤) أي مولوداً .

(٥) "أو أصماً" ليست في ز .

(٦) "في" ليست في ز .

(٧) انظر : التواتر ولزيادات ل ٣٦٤/ب .

[فصل ٢ — فيمن أعتق بعض عبد عن ظهاره]

ومن المدونة : ومن أعتق عن ظهاره نصف عبداً لا يملك غيره ثم أيسر بعد ذلك فابتاع باقيه فأعتقه عن ظهاره لم يجزه لتبعض العتق ، وهو حين ملك بقيته لا يعتق عليه وكان له ملكه .

وكذلك قال مالك فيمن أعتق شقصاً له من عبداً وهو معدوم ، ثم أيسر فاشتري نصيب صاحبه ، أو ورثه ، أو نصق به عليه ، أو وهب له ، أو أوصي له به فقيله ، أنه لا يعتق عليه ، ولو أعتق نصفه عن ظهاره وهو موسر فقوم عليه بقيته ونوى به الظهار لم يجزه ، لأن الحكم يوجب عليه عتق بقيته^(١) .

ابن المواز : قال ابن لقاسم : وإن أعتق جميع عبداً بينه وبين شريكه وهو موسر أجزاء عن ظهاره ، أو كفارة يمينه^(٢) ، وقد قال مالك فيمن أعتق جميع عبداً بينه وبين شريكه : إن ذلك يلزمه ، وليس لشريكه أن يعتق نصيبه إذا كان الذي [١/١٦٩] أعتق جميعه ميتاً .

قال الشيخ : وهذا على الرواية المذكورة في كتاب الرجم ، وقد قال فيها أشهب وسحنون : إن لشريكه أن يعتق نصيبه ، وهذا هو الصواب ، فعلى هذا القول ينبغي ألا يجزي عتقه في الظهار ، لأن شريكه مقدم عليه في الرد والإجازة ، وقاله سحنون وأصبغ^(٣) .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم فيمن أعتق نصف عبده عن ظهاره ثم أعتق باقيه عن ذلك لظهار : إنه يجزيه ، فإن لم يعتق باقيه ورفع إلى السلطان : قال : يأمره بذلك ، فإن أعتقه عن ظهاره أجزاء ذلك وإلا أعتقه عليه^(٤) .

(١) انظر : المدونة ٣/٧٢، ٧٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٢، ١٢٣ .

(٢) انظر : تهذيب المطالب ل ٢/٢٩ .

(٣) انظر : التوارد والزيادات ل ٢/٣٦٤ .

(٤) قال ابن رشد : قوله : لا أعتقه عليه السلطان ، يريد ولا يجزيه إذا أعتقه عليه ، لكنه مكره على ذلك ، والمكره لانية له فلا يجزيه ، إذ لا يجزيه الكفارة إلا بنية .

انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٨٩/٥ .

ابن حبيب : وقال ابن الماجشون وصُيغ : لا يَجْزئه أن يعتق بقيه عن ذلك
بظهار ، وليعتق عليه بالسنة^(١) .

وعاب صُيغ قول ابن القاسم ، وكذلك قال سحنون في كتاب ابنه^(٢) .
قال الشيخ : وهو الجاري على أصله في المدونة : أن ذلك لا يَجْزئه .

[فصل ٣ - في ذكر ما لا يَجْزئ إعتاقه في الكفارة]

ومن المدونة : ولا يَجْزئه أن يعتق عن ظهاره أو غيره من الكفارات رقبةً
يشترئها بشرط العتق ، وقاله ابن عمر^(٣) ومَعْقِل بن يَسَار صاحب النبي صلى الله
عليه وسلم وغيرهما من أهل العلم^(٤) .

قال الشيخ : ولأنها ليست برقبة تامة لما وُضِع له من ثمنها بشرط العتق فيها .
قال مالك : ولا يَجْزئه أن يعتق مديراً ولا مكاتباً ، وإن لم يود من كتابته شيئاً
ولا معتقاً إلى أجل ، ولا أم ولد ، أو عبد قل : إن اشترته فهو حرٌّ ، فاشتراه فأعتقه
عن ظهاره ، فلا يَجْزئه ، لأن كل من يعتق عليه إذا ملكه فلا يَجْزئه عتقه عن ظهاره ،
صار إياه بشراء ، أو ميراث ، أو هبة ، أو صدقة ، أو وصية ، أو غيرها فقبَّيه ،
ونوى به عن ظهاره فلا يَجْزئه ذلك ، ولا تجزئه إلا رقبةً يملكها قبل أن تعتق عيه^(٥) .

(١) لعل المراد حديث أبي الميخ : أن رجلاً من قومه أعتق ثلث غلامه فرفع ذلك إلى النبي صلى الله
عليه وسلم فقال : " هو حرٌّ كله ليس لله شريك " .

أخرجه البيهقي ، كذب العتق ، باب من أعنى من مملوكه شقصا ٤٦٢/١٠ رقم (٢١٣١٧) .

(٢) انظر : تنوادر وزيادات ل ٣٦٤/أ .

(٣) أخرجه مالك ، كتاب العتق والولاء ، باب ما لا يَجْزئ من العتق في الرقاب الواجبة ٥٩٦/٢ رقم
(١٢) .

(٤) انظر : المدونة ٧٧/٣ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٧٣، ٧٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٣ .

ابن المواز عن بن مقاسم : ولو قال : إن اشتريت فلاناً فهو حرٌّ عن ظهاري ، فاشتراه فهو يجزيه عن ظهاره^(١) .

قال الشيخ : وذكر أن أبا عمر عَمَرَ المسألة فقال : لا يجزئه إذا كان قد ظاهر قبل قوله : إن اشتريت فلاناً فهو حرٌّ عن ظهاري ، من أجل أنه لا يستقر ملكه عليه ، ويعتق بنفس الشراء ، قال : وأما لو لم يكن ظهراً لأجزئه ذلك ، وكأنه قال : إن اشتريتك فأنت حرٌّ عن ظهاري إن وقع مني شيء ونويت العودة ، فإن لم ينو العودة فلا يعتق عليه . قيل له : والذي في كتاب ابن مواز قد حصل منه لظهار ، وكأنه أراد العودة حين قال : إن اشتريتك فأنت حرٌّ عن ظهاري ؟

فقال ابن المقاسم : لا يرعى نية العودة . وقد ظهر ذلك منه في مسائل كثيرة ، وإن يلزمه نية العودة عند^(٢) عبد الملك وسحنون^(٣) .

قال الشيخ : والمسألتان سوء ، ونية العودة في مسألة محمدٍ أمكن لحصول لظهار فيها ، وكس مكفرٍ عن ضهاره وإنما يريد حلَّ لظهارٍ لذي منعه الوعد لبطاً ، فهذه نية العودة ، فلا فرق بين قوله^(٤) لعبد : إن مكنتك ثم ضاهرت فأنت حرٌّ عن ذلك لظهار ، وبين قوله : فأنت حرٌّ . عن ظهاري بزمه ، لأن كيهما عقد فيهما^(٥) الحرية لظهارٍ كان أو إن كان ، وهو في الذي كان أبين . لتمكن نية العودة في لظهارٍ قد حصل ، والله أعلم .

قال مالك : وإن أعتق مافي بطن أمته عن ظهره لم يجزه ، ويعتق إذ وضعته وإن أعتق عبده عن ضهاره على مالٍ يكون عليه ديناً لم يجزه ، وإن كان المال في يد العبد فاستثناء السيد حاز عتقه عن ذلك لظهار ، إذ له تنزاعه ، كقول مالك فيمن وصى بعتق رقبة فوجد لوصي عبداً يبع ، وثني ربُّه / يبعه حتى يتعصّب من العبد [١٦٩] ب/ مالا ، فذلك جائزٌ وهو يجزئ عن الميت .

(١) التودد والزيدات ل ٣٦٤ / أ .

(٢) "عند" ليست في ز .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٩ / ب .

(٤) "قوله" ليست في أ .

(٥) "فيهما" ليست في ز .

قال : ومن أعتق عبده عن رجل عن ظهاره عليه ، عسى جعل جعله له فولأؤه لسمعت عنه ، وعليه الجعل كاملاً ، ولا يجوز له عن^(١) ظهاره . كمن اشترى رقبة بشرط العتق فاعتقها عن ظهاره ، فلا يجوز له عن ظهاره ، وهو حر ، وبولاء له^(٢) .
وسئل أبو عمران عن الرجل يعتق عن رجل عن ظهاره لزمه ؟
فقال : يجوز له .

قيل له : لم أجزأه وهو لم يرد العودة ؟
فقال : بن القاسم لا يرعى نية العودة .
قيل له : رأيت لو لم يرض بالعتق ؟
فقال : لا يجوز له عن الظهار .
فقيل له : فإن لولاء له فكيف لا يجوز له ؟
فقال : كمن يعتق المكاتب والمدير ، فيكون له الولاء ولا يجوز له عن ظهاره^(٣) .
وسئل عن الذي ظاهر من أمته ونيس له^(٤) غيرها فأعتقها عن ظهره ، وكيف أجزأه ذلك وهو إذا أعتقها حرّم عليه فرجها ؟
فقال : نية لعودة إلى الوطء توجب عليه الكفارة ، فإذا أعتقها زل عنه الظهار ، وحرّم عليه فرجها ، لا بتزويج .
قيل له : فإن بعض الناس يضغف هذه المسألة ؟
فقال : إنما يضغفها من لا يعرف ما للفسف في ذلك . ولقاسم بن محمد وسالم وغيرهم يقولون : إن الظهار في الإماء ، ويعتقن عن ظهارهن^(٥) ، وقال غير

(١) 'عن' ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٧٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٣ .

(٣) تهذيب الطالب ل ٢٩/ب .

(٤) 'له' ليست في أ ، ب .

(٥) وقولهما أخرجهما في المدونة : فعن خالد بن أبي عمير أنه سأل لقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله عن الرجل يتظاهر من وليدته ولا يقر عى ميعق غيرها أيجوز له عتقها ؟ قالا : نعم وينكحها . ٥١/٣ .

واحد من القرويين : بما تصح المسألة إذا كان قد وطئ ، أو عصى القول الذي يرى أن بإرادته العودة لزومه الكفارة وإن ماتت أو طلقها^(١)

قال الشيخ : والكفارات إنما وُضعت لِحُلِّ الأيمان ، فإذا كفرَ رجلٌ يمينه فقد انحل ، فلا تراعى حرمت عليه بهذه الكفارة أم لا ، ومتى محلٌّ له وطؤها لم يكن عليه فيها يمينٌ تمنعه الجماع ، والله أعلم .

قال الشيخ : وفرَّق بعض أصحابنا بين من أعتق عن رجلٍ لظهر نزمه أو غيره ، وبين من أدى عن رجلٍ زكاة لزومه .

فقال : تجزئ في الكفارة ولا تجزئ في زكاة ، قال : لأن الزكاة ليست في ذمته ، والعتق نزم ذمته كالدين ، فهو عكس ذلك لكان أولى ، وذلك أن الكفارة قبل الحنث غير لازمة ، ولزكاة إذا حثت فقد وجبت ، فإذا كان يجزئه العتق عنه في كفارة التي لم يحث فيها إذا كان بأمره ، ففي الزكاة التي لزومه إذا أداها عنه بأمره أخرى أن تجزئه^(٢) ، لأنها كدين عليه ، وهذا بين .

فإن قال : أردت في كفارة نزمته بالحنث؟

قيل : ذلك كزكاة حلت ووجبت ، وأما قبل الحنث وقبل حلول الزكاة والحكم معكوسٌ يجزئ في الظهر جواز أدائها قبل الحنث ، ولا يجزئ في الزكاة . لأنها لا تؤدى قبل حلولها^(٣) .

فصل [٤ - فيما يمنع الإجزاء من العيوب]

ولا يجزئ أقطع اليد الواحدة أو أصبع أو أصبعين أو لإبهام أو لإبهامين^(٤) أو لأذنين أو أشلاً أو أجذم أو أبرص أو أصم أو مجنون وإن أفاق أحياناً ، ولا أحرس ولا أعمى ولا مفلوجٌ يابس الشق .

(١) أي قبل الوطء . تهذيب الطالب ل ٢٩/ب .

(٢) 'أن تجزئه' ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢٩/ب .

(٤) قال سقاضي عبد الوهاب : لأن قوة الأصابع بالإبهام ، وإذا مُقِدَّتْ حلت قوة بقية الأصابع وضعفت فأثر ذلك في ضعف لتصرف ونقص لعمل . المعونة ٢/٨٩٣، ٨٩٤ .

وأجاز غيره^(١) مقطوع الأصبع لوحدة ، أو من به سرصٌ خفيفٌ ولم يكن
بمرض .

قال ابن القاسم : ولا يعجبني عتق لخصي في شيء من الكفارات^(٢) .
ابن المواز : واختلف في ذلك ، فقليل : يجوز ، وقيل : لا يجوز .

[فصل ٥ - في عتق الأعور في الظهار]

ومن المدونة : وأجز مالک عتق الأعور في الظهار^(٣) ، وقاله النخعي
والحسن^(٤) .

ابن المواز : وقال عبد الملك : لا يجوز عتق الأعور في الظهار^(٥) .
قال الشيخ : فوجه قول مالك : هو أن العين الواحدة تقوم مقام الاثنين ،
ويرى بها ما يرى بالاثنتين ، ولذلك ديتها كدية العيين جميعاً^(٦) ألف / دينار ، فهو [١٧٠/]
كالصحيح .
وجه قول عبد الملك : فلأنه فقد ما يجب فيه شطر الدية كأقطع اليد^(٧) .

[فصل ٦ - في عتق الأعرج ، ومن به عيب خفيف والصغير ، والأعجمي]

ومن المدونة : قال مالك : ويجزئ عتق الأعرج في الكفارات إذا كان عرجاً
خفيفاً .

(١) أي غير مالك .

(٢) انظر : المدونة ٧٤، ٧٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٣ .

(٣) انظر : المدونة ٧٥/٣ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٧٧/٣ .

(٥) انظر : المعونة ٨٩٤/٢ .

(٦) "جميع" ليست في ز .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٨٩٤/٢ .

قال ابن القاسم : وإن كان به عيبٌ خفيفٌ كجَدْعٍ في^(١) أذن ، أو قطع^(٢) أنملة ، أو قصع طرف أصبع فأرجو أن يجزئ في كل الكفارات ، وما كان من عيب فاحشٍ أو يُنْقِصه فيما يحتاج إليه من عنائه أو جزائه لم يجزه .
قال مالك : ويجوز عتق الصعير في كفارةظهار إذا كان من قصر النفقة ، وعتق من صلى^(٣) وصام أحب إلي .

قال ابن القاسم : يريد من عقل الصلاة واصيام .
قال مالك : ومن اشترى أعجمياً فأعتقه عن طهاره ، فإن كان من ضيق النفقة فأرجو أن يجزئه ، وعتق^(٤) من صلى وصام أحب إلي^(٥) .
وفي نقل أبي عمدة عن ابن أمار : قال ابن القاسم : يجزئ عتق الأعجمي الذي يجبر على الإسلام وإن لم يُسلم .

والذي في كتاب ابن لموز : قال ابن القاسم : ويجزئ الأعجمي عند مالك وغيره ، وهو^(٦) أحب إلي ، وذلك الأمر^(٧) عنده ، لأنهم^(٨) على دين من اشتراهم .
قال ابن القاسم : وهو رأيي^(٩) .

ابن المواز : وقال أشهب : لا يجزئ حتى يجيب إلى الإسلام ، وهو أحب إلي^(١٠) .

(١) "في" ليست في أ ، ب .

(٢) "قطع" ليست في ' ، ب ، وفي زيادة "في" .

(٣) في أ ، ب "أو" بدل "ب" .

(٤) "عتق" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ٧٥/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٣ .

(٦) "وهو" ليست في ز .

(٧) "الأمر" ليست في ز .

(٨) في ب ، ز "أنهم" .

(٩) قال ابن القاسم في المدونة : سألت مالكا عن العجمي يشتريه فيعتقه عن طهاره؟ قال : نعم إن كان من ضيق النفقة فأرجو أن يجزئ . ٧٥/٣ .

(١٠) انظر : تهذيب الطالب ل ١/٣٠ .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : وينبغي على قول ابن القاسم أن يوقف عن امرأته حتى يسلم ، وإن مات قبل أن يسلم لم يجزه .
وقلت أ ب : بل له وطء زوجته حين اعتقه ، ولو مات قبل أن يسلم لأجزأه ، لأنه على هذا القول عسى دين من اشتراه ، ولما كان يجر على الإسلام ولا ياباه في غالب أمره حمل الأمر على الغالب فيه . فكأنه مسلمٌ بعد ، كالصغير الذي هو على دين أبيه ، بل إن قول أشهب أحسن .

[فصل ٧ — في عتق الرضيع وولد الزنا]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأجاز عتق الرضيع في الكفارات عدد من التابعين^(١) ، وأجاز أبو هريرة وغيره^(٢) عتق ولد الزنا في لكفارات^(٣) ^(٤) .
ابن المواز : وقيل : لا يجزئ .

[فصل ٨ — فيمن أعتق عبده عن ظهار غيره]

قل بن القاسم في المدونة : ومن أعتق عبده عن رجلٍ عن ظهاره أو عن شيءٍ من الكفارات بأمره أجزأه ، والولاء لمعتق عنه ، وإن كان بغير أمره قبل أن يطق أو يريد العودة لم يجزه ، وإن كان بعد وطء أو إرادة العودة فبلغه ذلك فرضي أجزأه ، لأن مالكا قال فيمن أعتق عبده عن ميتٍ لظهارٍ لزمه أو ودى عنه كفارة لزمته : أن ذلك يجزئه ، فكذلك الحي إذا بلغه فرضي به .

(١) كابن شهاب ويحيى بن سعيد وربيعه وعطاء وخالد بن أبي عمران .

انظر : المدونة ٧٧/٣ .

(٢) كابن عمر وابن عباس وقُضالة بن عبيد وربيعه .

انظر : المصدر نفسه ٧٧/٣ .

(٣) أخرج أثر أبي هريرة ابن أبي شيبة . كتاب الإيمان والنذور والكفارات ، باب في ولد الزنا يجزئ في الرقبة أم لا ٧٨/٣ رقم (١٢٢٤٥) .

(٤) انظر : المدونة ٧٧/٣ .

سحنون : وقد قال ابن القاسم وغيره : لا يجوز له إلا بأمره ، لأنه عتق لا يُرد ، رضي هذا أو كرهه ، وإذا قال : قد أجزت ، فإنما أجاز شيئاً قد فات فيه العتق ، وهو أحسن إن شاء الله^(١) .

(١) انظر : المصدر نفسه ٧٦،٧٥/٣ : تهذيب المدونة ص ١٢٣ .

[الباب العاشر]
فيمن صام عن ظهاره في رمضان أو ذي الحجة
أو سافر في صومه فمرض

[فصل ١ - فيمن صام عن ظهاره
في رمضان أو ذي الحجة]

قال ابن القاسم : ومن صام شعبن ورمضان ينوي بهما الظهار ويريد أن يقضي رمضان في أيام آخر لم يجزه رمضان لفرضه ولا لظهاره^(١) .

وقال ابن حبيب : إذا صام شعبن لظهاره ورمضان لفرضه ثم أكمل ظهاره بصيم شوال أن ذلك يجزئه ، فيحتمل أن يكون ذلك موقفاً بقول مالك فيمن صام ذا القعدة وذا الحجة لظهاره عليه جاهلاً فعسى أن يجزئه^(٢) .

وقال بعض شيوخنا : أن ذلك لا يجزئه ، لأنه تفريق كثير ، ولأول أولى ، [١٧٠/ب لأن الجهالة غرر كالمريض في غير وجه^(٣) .

قال مالك : ومن صام ذا القعدة وذا الحجة لظهاره عليه ، أو قتل نفساً خصاً لم يجزه ، إلا من فعله بجهالة وظن ذلك يجزئه ، فعسى أن يجزئه^(٤) .
 قال أبو محمد : يريد ويقضي أيام النحر التي أفطر ويصلها^(٥) .
 قال مالك^(٦) : وما هذا بالبين^(٧) ، وحب إلي أن يتدى^(٨) .

(١) انظر : المدونة ٧٧/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٣ .

(٢) ، (٣) انظر : تهذيب الطالب ل ١٣٠ أ .

(٤) انظر : المدونة ٧٨، ٧٧/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٣ .

(٥) تهذيب الطالب ل ١٣٠ أ .

(٦) قال مالك " ليست في أ .

(٧) أي القول بأن صوم شهري ذي القعدة وذي الحجة مجزأ .

(٨) انظر : المدونة ٧٨/٣ .

وقال سحنون : لا يجزئه .

ونقل أبو محمد في النوادر عن مالك : أنه إن أفطر يوم النحر وصام أيام التشريق رحوت أن يجزئه^(١) .

وهذا أصح من قوله : وأفطر أيام النحر .

قال ابن القصار : لأن صوم هذه الأيام^(٢) إنما هو على الكراهة ، لأن ملكاً قال فيمن صام شهري اتباع وهو يعلم أنه يمرُّ بيوم لنحر ووصل مابعده جراه ، فدل أنها تصام كما يصومها المتمتع^(٣) .

وقال أبو القاسم بن الكتب : معنى مسألة المدونة أنه صام يوم النحر وأيام تشریق فيقضيهما ويبي ، وما لو أفطرها لم يجزه البناء ، لأنه صوم غير متوالٍ ، والأول^(٤) وإن كانت أياماً لاتصام فهو لم يأكل فيه ونوى صيامها وإن كانت لاتجزئه^(٥) .

قال الشيخ : فصار في ذلك ثلاثة أقول ، قولٌ يجزئه البناء وإن أفصر أيام لنحر كله إذا جهل ذلك .

وقولٌ لا يجزئه إلا أن يفطر يوم لنحر خاصة ويصوم أيام التشريق .

وقولٌ لا يجزئه إلا أن يصومها كلها ، ويقضيها ويبي ، وهو أضعفها .

[فصل ٢ — فيمن سافر في صوم الكفارة فمرض]

قال مالك : ومن سافر في شهري ظهارة فمرض فافطر فيهما فأخاف أن يكون السفر هيج عليه مرضه حرّاً أو برداً أصابه ، ولو يُقنت أن ذلك لغیر حرٍّ أو بردٍ أحاجه السفر لأجزأه البناء ، ولكني أخاف .

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ١/٣٠ .

(٢) أي أيام التشريق .

(٣) أي الذي لا يجد الهدي .

(٤) في أ ، ب "الأول" ، وهو تحريف .

والمراد الوجه الأول : وهو أنه يجزئه إن صام أيام التشريق .

(٥) انظر : المصدر نفسه ١/٣٠ .

وقال سحنون : يجرئه .

قال مالك : ومن صام لظهاره ثم مرض فأفطر فيبر إذا صح ، فإن أفطر يوماً متعمداً بعد قوته على الصوم ابتداء .

قال : وإن حاضت امرأة في صومٍ عليها متابع ولم تصل قضاء أيام حيضتها فلتبتده .

قلت : فقول الله تعالى : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾^(١) ، من هذا الذي لا يستطيع ؟

فقال : هو الصحيح الذي لا يقوى على الصوم من كبر أو ضعف ، ومن الدس من هو صحيح لا يقوى على الصوم^(٢) .

ومسألة من تظاهر وهو مريض قد تقدمت في رب الصوم في الظهار فأغنى عن إعادتها^(٣) .

(١) سورة المجادة : آية ٤ .

(٢) انظر : المسئلة ٧٨/٣ - ٨٠ ، تهذيب المدونة ص ١٢٣ .

(٣) انظر ص ٧٨٩ .

[الباب الحادي عشر] في كفارة من ظاهر من جماعة نساء أو يمين بالله ، أو إبلاء

قال مالك : ومن ظاهر من أربع نسوة له في غير مرة واحدة لزمه في كل واحدة منهن كفارة^(١) .

قال بن لقاسم : فإن عتق عنهن أربع رقاب في مرة واحدة أجزأه وإن^(٢) لم يعين التي عتق عن كل واحدة ، لأنه لم يشرك بينهن في العتق ، وليس^(٣) لمن من ولائهم شيء .

وكذلك إن عتق ثلاث رقاب عن ثلاث منهن غير معينات ، وحاشى واحدة من نساء لم ينوها عيناها جزءه ذلك ، إلا أنه لا يطاق واحدة من الأربع حتى يعتق رقبة رابعة^(٤) .

ولو ماتت منهن واحدة أو طففت كان كذلك أيضاً واحدة منهن حتى يعتق رقبة رابعة^(٤) .

قال الشيخ : يريد فإذ وطئ فقد أساء ، ولم يكن له أن يطاق واحدة منهن حتى يكفر ، وقد تخلدت هذه الكفارة في ذمته لا يزيلها موتهن أو طلاقهن ، بخلاف لو لم يطاق . /

[١/١٧١]

(١) انظر : المدونة ٨٠/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٣ .

(٢) "إن" ليست في أ .

(٣) في زيادة "لأن" .

(٤) لأننا لاندرى أيهن لباتية ، ولما عتق الربعة كان قد استكمل عنهن الكفارات ولم يشرك بينهن في أصل العتق .

انظر : المدونة ٨٠/٣ ، ٨١ ، تهذيب المدونة ص ١٢٣ .

ومن كتاب ابن المواز : قال أشهب : إن أعتق عن الأربع أربعة رؤوس أجزاءه وإن لم يعين^(١) عن كل واحدة رأساً ، ولو أعتق اليوم رأسين ، وفي غده رأسين ولم يسم في ذلك واحدةً بعينها لم يحزه ، وإن أعتق ثلاثة رؤوس وأطعم ستين مسكيناً في مجلس واحد لم يحزه .

قال ابن المواز : ولم يعجبنا قوله^(٢) .

قال الشيخ : وهذا خلاف قول ابن القاسم المتقدم .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن أعتق ثلاث رقاب عن الأربع استأنف عتق أربع رقاب ، لأنه أشركهن في كل رقبة ، ولا يحزّه هاهنا عتق رقبة رابعة ، ماتت إحداهن ، أو طلقها ، أو لم يطلقها ، وكذا الجواب في تظاهره من امرأتين وعتقه عنهما .

قال : ولو صام ثمانية أشهر متتابعات عن الأربع نسوة^(٣) ينوي لكل واحدة منهن لم يعينها كفارة أجزاءه ، وكذلك الإطعام .

فإن أشركهن في كل يوم في الصيام أو في كل مسكين في الإطعام لم يحزّه ، إلا أن ينوي به مبدءاً لكل مسكين في كفرته ، وإن لم ينو امرأةً بعينها ولا كفارةً كاملةً فيحزّه ذلك ، لأن الإطعام يحزّه أن يفرّق فيطعم اليوم عن هذه أمداداً ، وفي غده عن الأخرى أمداداً ، ثم يتم بعد ذلك كفارة كل واحدة فتحزّه وإن كان مفترقاً بخلاف الصوم ، لأن فيه شرط التتابع^(٤) .

وإن ماتت واحدة وقد أطعم عن جميعهن مئة وعشرين مسكيناً ولم ينو مالكل واحدة من ذلك ، ولا أشركهن في كل مسكين سقطت المية من ذلك ، وذلك ثلاثون مبدءاً ، وجيز على ما بقي بعد ذلك تمام^(٥) ثلاث كفارات .

(١) في أ ، ب "يعتق" .

(٢) انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٦٤ ب .

(٣) "نسوة" ليست في ز .

(٤) فقال الله تعالى : ﴿ فَصَمَّ يَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مَتَابِعِينَ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ . سورة المجادلة : آية ٤ .

(٥) "تمام" ليست في أ .

ولو تظاهر منهن في كلمة ثم وطئ واحدة منهن بزمته كفارة واحدة ، فإن صام شهرين ونوى بصومه لبي وطئ ، وأدخل الباقيات في نيته ، أو نسيهن فذلك يجزئته عنهن .

ولو جامع ليلاً في صوم غير التي نوى لصوم عنها استدأ ، لأن صومه كان يجزئ عن جميعهن ، كمن حلف بالله في شيء سماها ألا يفعلها فحدث بفعل أحدهم فكفارة تجزئ عن جميعها ، وإن نوى بكفارة الشيء الذي حدث به ناسياً لباقيها ، أو ذاكرة فلا شيء عليه فيما بقي مما كان حلف عليه ألا يفعله لو فعله ، وكذلك لو كفر قبل حنثه في اليمين بالله تعالى ونوى بكفارته أحد هذه الأشياء استحق حلف لافعلها ولم يدخل باقيها في كفارته أجزأه ذلك عن جميعها ، ثم لا يزمه شيء من فعل باقيها ، وقد استحب مالك الكفارة في يمين بالله تعالى بعد الحنث .

قال : وإن كفر قبل الحنث رجوت أن يجزئ عنه .

وقد سئل مالك عن حلف بعثت رقبة ألا يطأ امرأته ، فأخبر أن الإيلاء عليه فأعتق إرادة إسقاط الإيلاء ؟

قال مالك : أحب إليّ أن يعتق بعد الحنث ، فإن أعتق قبله جزأه ، ولا إيلاء عليه^(١) .

قال ابن المراز : وقال أيضاً مالك : لا يزمه ذلك إلا في رقبة معينة^(٢) .

[تم كتاب الظهار بحمد الله وحسن عونه

وصى الله على نبيينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً]

(١) نظروا : المدونة ٨١/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٣ ، ١٢٤ .

(٢) ففي العتبية : وسأنته عن نذي يقول : علي عتق رقبة إن مسست امرأتني ؟ فقال : هو مول ، فإن كان سمي عبداً له بعينه فعدت ذلك العبد أو أعتقه فإن لإيلاء قد سقط عنه . العتبية مع البيان والتحصيل ٣٧٣/٦ .

[الكتاب العاشر] كتاب التخيير ^(١) والتعليك ^(٢)

[الباب الأول] باب جامع في تخيير الزوجة وجوابها

[فصل ١ - في معنى التخيير وأدلته وما يلزم به]

وقد خيّر الرسول عليه الصلاة والسلام نساءه كما أمر الله سبحانه ، قالت عائشة رضي الله عنها: فبدأ بي رسول الله صلى الله عليه وسلم وتلا هذه الآية : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُمْ تُرِيدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا . وَإِن كُنْتُمْ تُرِيدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ عَدَدَ لِّمُحْسِنَاتٍ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ ^(٣) ، فقلت له : إني أريد الله ورسوله ولدار الآخرة ، قالت عائشة رضي الله عنها: ثم فعل زوج النبي صلى الله عليه وسلم مثل

(١) التخيير لغة : مصدر خَيَّرَ يَخَيِّرُ تَخْيِيرًا ، تقول : خَيَّرْتُهُ بين الشيئين : أي فَوَّضْتَ إليه الخيار .
انظر : اللسان ، مادة (خَيَّرَ) .

وشرعاً : جعل الزوج إنشاءً الصلح ثلاثاً حكماً أو نصاً عليها حقاً لغيره . شرح حدود ابن عرفة ٢٨٥/١ .

(٢) التعليك : مصدر مَلَكَ يَمْلِكُ تَمْلِكًا ، يقال : أملكك فلانة أمرها : أي طلقت ، وقيل : جعل أمر طلاقها بيدها ، قال أبو مصور : مَلَكْتُ فلانة أمرها ، بالتشديد أكثر من أَمَكْتُ . انظر اللسان ، مادة (مَلَكَ) .

وشرعاً : جعل إنشائه حقاً لغيره راجحاً في أسلث يَحْصُرُ فيما دونها بنية أحدهما . شرح حدود ابن عرفة ٢٨٥/١ .

(٣) سورة الأحزاب : آية ٢٨ ، ٢٩ .

ما فعلت^(١) ، فلم يكن ذلك طلاقاً^(٢) .

وقاله عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعبد الله بن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم^(٣) .

قال زيد بن ثابت وربيعه : واختارت ابنة الضحك العمري نفسها ، فكان ذلك ابتاث^(٤) .

فكان مادلاً عليه الكتاب وبَيَّنَّه السنة في اختيار أن تبين الزوجة أو تُقيم ، ولاتبين المدخول بها بدون الثلاث إلا في طلاقٍ دئنةٍ يوجبها حكمٌ ، أو خلعٌ ، والله أعلم^(٥) .

ومن الأحكام لإسماعيل اختصار [بكر]^(٦) القاضي^(٧) قال : وقد طُنَّ قومٌ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غيَّرَ نساءه في الطلاق ، وهذا ظنُّ سوءٍ أن يُظنَّ برسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغيِّرَ في طلاقٍ يكون ثلاثاً ، وإنما خيَّرَهن بين الدنيا والآخرة ، فإن اخترن الآخرة كنَّ على ما كنَّ عليه وهن ما اخترن ، وإن اخترن الدنيا طلقهن حينئذٍ طلاق السنة انذني عنمه الله تعالى^(٨) ، ألا ترى إلى قوله تعالى :

(١) أخرجه مسلم ، كتب الطلاق ، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بدنية ١١٠٣/٢ رقم (١٤٧٥) .

(٢) انظر : الملونة ٣٨١/٢ .

(٣) أخرج هذه لأدر ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ما قالوا في الرجل يخير امرأته فتختاره أن يتخير نفسه ٩١/٤ رقم (١٨٠٩١، ١٨٠٩٤، ١٨٠٨٩، ١٨٠٨٧) . وانظر : المصدر نفسه ٣٨٢/٢ .

(٤) انظر : الملونة ٣٨٢/٢ .

(٥) انظر : تهذيب لطالب ل ٣١/١ .

(٦) بكر" ليست في جميع النسخ .

(٧) هو القاضي بكر بن العلاء القشيري وقد سبقت ترجمته ص ٥٦٢ .

(٨) يشير إلى قوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِنْسَاكَ مَعْرِوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

﴿فَتَعَالَيْنِ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّخْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾^(١) .

قال الشيخ : وهذا من قوله يدل على خلاف^(٢) اختيار ابنة الضحاك نفسها لأنه كان يكون اختارت خلاف ما جُعِلَ لها ، فلا يلزم ما اخترته .
وقال بعض البغداديين : إنما يكره التخيير كما يكره التطبيق ثلاثاً ، فإن فعل لزمه كما يزمه تطبيقه ثلاثاً^(٣) .

وحكي لنا عن أبي عمران أنه قال : لا يكره للرجل أن يخير زوجته كما يكره له^(٤) التطبيق ثلاثاً ، وإنما يكره ذلك للمرأة أن تصق نفسها ثلاثاً .
فقيل : إنما صار ذلك إليها بسببه؟

فقال : ليس الذي^(٥) يقصد إلى البدعة كانذي لا يقصد إليها؟
فقيل له : ما ذكر أبو محمد عن بعض البغداديين أنه يكره التخيير كما يكره التطبيق ثلاثاً؟

فقال : هذا شيء ذكره بكرُّ القاضي^(٦) ، وما في الحديث^(٧) يرُدُّه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضي الله عنها^(٨) : "لا تعجلي حتى تستأمرني أوليك" ، أو كما قال صلى الله عليه وسلم ، فمؤلم أنها تختاره لم يقل لها :

(١) سورة الأحزاب : آية ٢٨ .

(٢) المصدر نفسه ٣١٠/أ .

(٣) "خلاف" ليست في أ ، ب .

(٤) المصدر نفسه ٣١٠/أ .

(٥) "له" ليست في ز .

(٦) "لذي" ليست في أ .

(٧) كما تقدم قريباً .

(٨) أي حديث تخيره صلى الله عليه وسلم لنسائه المذكور أول الباب .

(٩) أي عند تخيره لها ، وقد سبق تخريجه قريباً .

"لا تعجلي". وقد ذكر في بعض الحديث أن امرأة بدوية اختارت نفسها^(١) ، فلا يكره مافعه النبي صلى الله عليه وسلم واستعمله السلف بعده^(٢) .

قال مالك رحمه الله : ومن قال لامرأته بعد البناء : اختاري نفسك ، فقالت : خترت نفسي ، فهي ثلاث ، ولامناكرة بزواج ، وإن قال لها : اختاري ، فقالت : قلت أمري ، سئمت ما الذي قبئت ، فإن قالت : ما جعل لي من الخيار ولم تُطَّقْ ، قيل لها : فطلقي ، إن أردت ، أو فردي ، فإن طلقت ثلاثاً لزمته ولامناكرة له . وإن طلقت دون البتات لم يلزمه شيء ، وإنما له الخيار أن تطق ثلاثاً ، أو ترد ذلك ، وإن قالت : أردت بذلك الطلاق ، سئمت أي الطلاق أرادت ، فإن كان دون البتات بطل ، ولم يلزم الزوج بشيء ، وإن كان ابتات لزم ولامناكرة للزوج^(٣) .
قال ابن لمواز : قال مالك^(٤) وأصحابه : إذا طنقت^(٥) واحدة فليس بشيء ، إلا عبد الملك فقال : تكون ألبنة^(٦) .

قال الشيخ : فوجه قول مالك : أنها اختارت ما لم يُجْعَل لها ، فلم تكن بذلك مختارة ما جعل لها . أصله لو اختارت شيئاً آخر مخالفاً لما هُما فيه ، فلا خلاف أن ذلك قطعٌ لخيارها .

(١) أي من نسائه صلى الله عليه وسلم ، وهي التي قيل : إنها «بنة اضحك» لعمرى كما تقدم ، قال عبد الجبار : وحدثني ابن شهاب ، أن امرأةً منهن حدرت نفسها فنهبت وكانت بدوية . المدونة ٢/٣٨٢ .

قال ابن العربي : وقول ابن شهاب : إنها كانت بدوية فاختارت نفسها ، لم يصح . أحكام القرآن ٣/١٥١٣ .

(٢) تهذيب الطب ل ٣١/١ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٧٣ ، ٣٧٤ ، تهذيب المدونة ص ١١٦ .

(٤) "قال مالك" ليست في أ .

(٥) أي المخيرة .

(٦) انظر : الثوارد والزوائد ل ٢٨٩/١ .

ووجه قول عبد الملك : أن اختيار البعض فيما لا يتبع اختيار له بكماله، [١٧٢] /
 كمن صلق بعض طلاقاً أنه تلزمه طلاقاً كاملاً ، إذ لا يتبع الطلاق .
 قال ابن المواز : وإذا اختارت واحدة فتبين من الزوج الرضى بها فتمزمه ،
 وله الرجعة ليس من قبل الخيار ، لأن الخيار طلاق لا رجعة فيه ^(١) .
 قال الشيخ : يريد : ولكن لرضاه بما طلقت به نفسها ، فهو كما لو طلقها
 ذلك .

ومن المدونة : قال مالك : وإنما ينظر في الخير والتمليك إلى ما قال الزوج ،
 فإن قال : اختاري ، فهذا خيار ، وإن قال : أمرك بيدك ، فهذا تمليك ، ولتسأل
 المرأة في الخيار والتمليك كما وصفنا ، وليس للزوج منكرة المدخول بها في الخيار
 وله منكرتها في التملك إذا قضت بأكثر من الواحدة إن دعى نية في ذلك ،
 فالفرق بينهما أن الخيار إنما جعل لها فيه أن تقيم عنده ، أو تبين منه ، والواحدة
 لا تبينها ، فلما كانت الواحدة لا تبينها علمنا أنه إنما جعل ذلك إليها في الثلاث .
 - وقد حوت فيه السنة التي قدمناها ^(٢) -

وأما التملك فلم يجعل لها الخيار في أن تبين منه أو تقيم عنده ، وإنما جعل لها
 أن تطبق واحدة ، أو اثنتين ، أو ثلاثاً ، إلا أن يناكرها فيعلم أنه لم يجعل لها إلا
 مقال مع يمينه ، ويكون أملك به ، وإن قضت للملكة بواحدة ، فقال الزوج :
 كذلك أردت ، كان أملك بها ^(٣) .

أبو محمد : وقال ابن أبي سلمة : التخيير والتمليك سواء ، وله فيه
 المناكرة ^(٤) .

(١) انظر : المصدر نفسه ل ٢٨٩ / أ .

(٢) يشير المؤلف إلى تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نسائه ، وقد سبق تخريجه ص ٨١٣ .

(٣) انظر : للدرنة ٣٧٣/٢ ، ٣٧٤ ، تهذيب المدونة ص ١١٦ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٨٩ / ب .

ومن المدونة : قلت : فإن قال ها : اختاري في أن تطلقي نفسك تطليقة واحدة وفي أن تقيمي ، فقالت : اخترت نفسي ؟
فقال : سن مالك عنها فقال لزوجها : احلف بالله ما أردت بقولك : اختاري في واحدة ، إلا واحدة ، وتكون أم لك بها .
قيل لابن القاسم : فكيف كانت المسألة التي سأبوا مالكا عنها؟ قل : سأبوا مالكا عن رجل قال لامرأته : اختاري في واحدة ، فأخبرهم بما أخبرتك^(١) .
قال ابن المواز : وإذا استخف مالكا فيما نرى خوفاً أن يكون إنما قال لها : اختاري في واحدة ، أي مرة واحدة . فتكون أئبة ، فأما إن بين لها فقل لها : اختاري في أن تطلقي من الطلاق واحدة ، فلا يمين عليه^(٢) .
ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لها : اختاري في تطليقة ، فقالت : قد اخترتها ، أو اخترت نفسي ، لم تلزمه إلا^(٣) واحدة . وه الرجعة ، ولا يكون لها أن تختار أكثر من واحدة^(٤) .
قال الشيخ : وبم لزمته واحدة إذا قالت : اخترت نفسي ، لأنها قد اختارت مجعلاً لها وزادت عليه ، فلزمه ما جعل لها وسقط عنه الزائد .
بن حبيب : وقال مطرف عن مالك فيمن ملك امرأته في واحدة فقصت بأئبة ، فلا شيء لها ، لأن أئبة لا تتبع ، ولو قالت بالثلاث لزمته واحدة ، وسأوى بينهما المغيرة . فقال في أئبة كما قل مالك^(٥) في الثلاث : أنها تزمه واحدة .
وقال أصبغ : إن ملكها ثلاثاً ، أو قال : أئبة ، فقصت بوحدة ، أو ملكها واحدة فقصت بأئبة ، أو بالثلاث ، فذلك كله باطل ، لأنه غير مأعطاها^(٦) .

(١) نظر : المدونة ٢/٣٧٤ ، تهذيب المدونة ص ١١٦ .

(٢) نظر : النوادر والزيادات ل ٢٩٢ أ .

(٣) "إلا" ليست في أ .

(٤) نظر : المدونة ٢ ٣٧٤ ، تهذيب المدونة ص ١١٦ .

(٥) "مالك" ليست في ز .

(٦) النوادر والزيادات ل ٢٩٢ ب .

قال الشيخ : وقد وجه مطرف قوله ، وَوَحُهُ^(١) قول المغيرة : إن البتة كناية عن الثلاث ، ألا ترى أنه إذا أوقعها عندها لم يتزوجها إلا بعد زوج كالثلاث ، فله في هذا حكم الثلاث .

ووجه قول أصبغ فيما إذا جعل لها واحدة فقضت بالثلاث : إنه لا يزمه شيء لأنه غير مجعّل لها ، أصله إذا جعل لها الثلاث فقضت بواحدة .
ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك إن ملكها فقضت بواحدة أنه يمكّ رجعتها إلا أن يكون مع ذلك فداءً فيكون بائناً .

قال / مالك : وإن قال له : اختاري ، فقلت : قد اخترت صقة ، أو ١٢٢٦/ب طلقتي ، فلا شيء لها إلا أن تختار ثلاثاً .

قال ابن القاسم : وكذلك إن قال لها : اختاري تطليقتين ، فاختارت واحدة لم يقع عليها شيء ، وكذلك إن قال لها : طلقي نفسك ثلاثاً ، فقالت : قد طلقت نفسي واحدة ، لم يقع عليها شيء . وإن خيرها بعد البناء فقالت : خلّيت سبيلك ، ونوت واحدة لم يقع عليها شيء من الصلاق ، وإن لم تكن لها نية فهي البتة^(٢) .

فصل [٢ — فيمن قال لزوجته : اختاري اليوم كله]

قال ابن القاسم : ومن قال لزوجته : اختاري اليوم كله ، فمضى اليوم ولم تختَر فلاعيارها^(٣) .

قال أبو محمد وغيره : يريد في قول مالك جميعاً ، بخلاف افتراقهما من المجلس ، لأن المجلس أخذ فيه بالاجتهاد ، فاحتمل فيه التأويل . وسيوم بالتوقيف ، فارتفع التأويل منه .

(١) "وجه" يسمّى في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٧٥، تهذيب المدونة ص ١١٦ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٧٥، تهذيب المدونة ص ١١٦ .

قال : وهكذا كان علماؤنا يقولون في هذه المسألة^(١) ^(٢) .

قال الشيخ : وهو الصواب وإن كان خلاف ظاهر الكتاب ، ونص ما في كتاب : قلت : أرأيت إن قال لها : اختاري اليوم كله ، فسم تختري حتى مضى اليوم كله؟^(٣)

قال : أرى أن ليس ها أن تختار إذا مضى ذلك اليوم كله ، لأن مالكا قال : إن خيرها فلم تختري حتى تفرقا من مجلسهما فلاختيار ها ، فكذاك مسألتك إذا مضى الوقت الذي جعل لها الخيار إليه .

وأما قوله الآخر : فإن لها الخيار وإن مضى ذلك الوقت ، لأن مالكا قال في الرجل يخير امرأته فيفترقان قبل أن يقضي ، حتى يوقف : أو حتى يجامعها ، وقوله الأول أعجب إلي وبه آخذ ، وعليه جمعة الناس^(٤) .

فظاهر الكتاب يبين^(٥) أن اختلاف قول مالك يدخل في الوجهين .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك إن خيرها ولم يوقت يوما ، ثم افترقا من المجلس قبل أن تختار فلاختيار ها في قول مالك الأول ، وبه أقول ، وعليه جماعة الناس وروي مثله عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه^(٦) وغيره^(٧) .

(١) "في هذه المسألة" ليست في ز .

(٢) انظر : تهذيب الطائ ل ٣١/ب .

(٣) "كله" ليست في ز .

(٤) المدونة ٢/٣٧٥ ، تهذيب الطائ ل ٣١/ب .

(٥) "يبين" ليست في ز .

(٦) أخرجه ابن أبي شبة ، كتاب لطلاق ، باب م قالو . في الرجل يخير امرأته فلاختيار حتى تقوم من مجلسها ٩٢/٤ رقم (١٨١٠٥) .

(٧) كعثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وعمر بن عبد العزيز ويحيى بن سعيد وربيعة وعطاء بن أبي رباح . انظر : المدونة ٢/٣٩٢ .

وقول مالك الآخر : إن لها أن تختار وإن^(١) مضى الوقت وتفرقا ما لم توقف أو توطأ^(٢) .

قال الشيخ : فوجه قومه لأول : أن ذلك إيجاب يقتضي قبولا ، فإذا لم يحصل الجواب في الحال بطل لفظ الإيجاب كالإيجاب في البيع والنكاح .
ووجه قوله الثاني : قياساً عتق الأمة تحت العبد ، لأنه معني نقل طلاقه بيدها كما نقه العتق .

[فصل ٣ — فيمن جعن التخيير إلى وقت أو أمر مستقبل]

ومن المدونة : قل مالك : وإن قال له : إذا جاء غد فقد خيرتك ، وقفت^(٣) الآن ، فتقضي أو ترد ، وإن وصنها قبل غد فلا شيء بيدها .
وإن قال لأجنبية : يوم تزوجك فاختاري ، فتزوجها فيها الخيار ، وإن قال لها : كلمي تزوجتك فلك الخيار ، أو فأنت طالق : فالخيار لها ، والطلاق وقع عليها كلما تزوجها ، وإن نكحها بعد ثلاث تطليقات لقوله : كلما ، وإن قل لامرأته : إذا قدم فلان فاختاري ، فذلك لها إذا قدم فلان^(٤) ، ولا يحل بينه وبين وطنها ، وإن وطنها الزوج بعد قدوم فلان ولم تعلم المرأة بقدومه إلا بعد زمن ، فلها أن تختار حين تعلم ، وإن خيرها ثم خاف أن تختار نفسها فأعطاها ألف درهم على أن تختار لزمته الألف إن اختارته ، وكذلك إن شرط في عقد نكاحها أنه إن تسرر عليها فأمرها بيدها ، ففعل ، فأردت أن تصلق نفسها ، فقاس لها : لاتفعلي ولك ألف درهم ، فرضيت بذلك ، لزمته الألف درهم^(٥) ، وإن خيرها فقالت : اخترت

(١) "إن" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٣٧٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٦ .

(٣) "وقفت" مكانها بياض في أ ، ب .

(٤) "فلان" ليست في ز .

(٥) "درهم" ليست في ز .

نفسي إن دخلت على ضرتي ، فلها أن توقف فتختار ، أو تترك^(١) .

وقال سحنون في لمجموعة : ليس له قضاء . لأنها أجبت بغير ما جعلها^(٢) .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران فيمن قال لزوجته : اختاري نفسك ،

فقلت : اخترت نفسي وزوجي ، قال : هذا أمرٌ محتملٌ ومشككٌ ، / ولنص في إذا [١١٣/]

قالت : اخترت نفسي وزوجي ، أن الطلاق قد وقع عليها^(٣) .

قال الشيخ : الحكم في هذا : لأول قولها ، والثاني بعد ندمها منها ، فإذا

قدمت اختيار زوجها فقد^(٤) أسقطت ما جعل لها في نفسها .

وفي العتبية : قل يحيى بن يحيى عن ابن لقاسم فيمن قال لامرأته : قد

خيرتك ، فقلت . قد صقت نفسي بوحدة بائنة قال : ليس بشيء ، ولو كان

تمليكاً كان له أن يناكرها ، وتكون واحدة غير بائنة ، وله الرجعة . وإن لم يناكرها

فهي البتة^(٥) .

قال الشيخ : وينبغي على هذا أن يكون في الخيار البتة أيضاً ، ويكون كمن

خيرها فقصت بالبتة . ويكون كمن قال لزوجته : أنت طالق واحدة بائنة ، أنها

طالق ثلاثاً .

(١) نظر : المدونة ٢/٣٧٥، ٣٧٦ ، تهذيب المدونة ص ١١٦

(٢) الترادف والزيادات ل ٢٩٢/أ .

(٣) تهذيب الطالب ل ٣١/أ، ب .

(٤) في أ "فإذ" .

(٥) العتبية مع البيان ولتحصيل ٥/٢٩٤ ، تهذيب الطالب ل ٣١/ب .

فصل [٤ - في منكرة الزوج لزوجته فيما قضت بالتخير]

ومن المدونة : وإن خيرها قبس الناء ففالت : اختارت نفسي ، أو طلقت نفسي ثلاثاً ، أو قالت له : قد خيت سبيلك ، تريد ثلاث ، فله أن يناكرها ، فإن قال : لم أرد بذلك إلا واحدة ، صدق .

- قال الشيخ : يريد مع بعينه . -

لأن الواحدة تُبينها ، ولخير والتمليك في هذا سواء ، وإن لم تكن له نية حين خيرها فهي الثلاث ولا يناكرها ، وقاله ابن عمر^(١) وغيره^(٢) .

قل ابن حبيب : قل أصبغ : وإن اختارت واحدة فقال هو : لم أخيرك إلا في الثلاث ، فله ذلك ، ولا شيء لها ، وكذلك لو لم تكن له نية^(٣) .

قل سحنون : فإن قالت : خيت سبيلك ، ونوت واحدة ، أو اثنتين سئل الزوج ، فإن نوى مثل ذلك فلقضاء فيه مثل ما قضت ، وإن قال : نويت ثلاثاً ، فلا شيء لها ، وكذلك إن قل : لم أنو شيئاً ، ولا بعين عليه ، لأن مخرج "اختاري" الثلاث^(٤) .

ومن كتاب ابن المواز : قل مالك^(٥) ، وإذا أحببت المملكة بالظهار^(٦) لم يلزمه [شيء]^(٧) لاضهار^(٨) ولا غيره ، ولا يظهر للنساء ، وليس لها أن توجب عيه كفارة .

(١) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب مبيين من التمليك ٤٣٥/٢ رقم (١١) .

(٢) انظر : المدونة ٣٧٦/٢ ، ٣٧٧ ، تهذيب المدونة ص ١١٦ .

(٣)، (٤) نظر : النوادر والزيادات ل ٢٨٩/ب .

(٥) "قال مالك" ليست في أ ، ب .

(٦) في زيادة "وار" .

(٧) من النوادر .

(٨) "لا" ليست في ز .

قال مالك : وإذا منكها فبكت وقالت : طقني زوجي ، فأخبرت أنه ليس بطلاق فقالت : ظننته طلاقاً ، فلاشي عليه^(١) .

ابن المواز : والمملكة إذا فرقت المجلس ولم تقض فقالت : نويت افراق في المجلس ، فلايتفعها ذلك إلا أن تفعل مايشبه جواب الفراق ، مثل أن تقوم من مكانها فتقل متاعها ، أو تخمر رأسها وتنتقل^(٢) ، فتصدق إذا قالت : نويت بذلك الفراق ، ووصلته بكلامه فهو كالجواب ، وهي واحدة وله لرجعة إلا أن تقول : نويت بفعلي الثلاث ، فذلك لها ، إلا أن يناكره بنية كانت له وقت القول ويحلف ، وقوله عبد الملك .

وقال أصبغ : يحلف يمينين ، يمينٌ أنه مدعلم أن مفعلته به ألبتة ولارضيه ، ويمينٌ أنه نوى واحدة .

وقال ابن المواز : يمينٌ واحدةٌ تجزئه يجمع ذلك فيها^(٣) .

(١) المصدر نفسه ل ٢٩١/ب .

(٢) "وتنتقل" ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٢٩٢/أ .

[الباب الثاني] في التمليك وما دخل فيه من معاني التخيير

[فصل ١ - في معنى التمليك وما يلزم به]

روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : 'من ملك امرأته أمرها فلم تقبل نفسها فليس هو بشيء'^(١) . وقاله علي بن عمر وأبو هريرة رضي الله عنهم وكثير من التابعين^(٢) .

والتمليك يفارق الخيار ، لأنه إذ ملكها مبهمًا كان له أن يقول : ملكتك بعضاً دون بعض ، ويحلف على ذلك ، وكان لها أن تقضي بالبعض فيما ملكها منه الجميع ، والخيار أبان الله عز وجل القصد فيه فحُبل على مظهر من معناه .

قال^(٣) : ولتمليك قوله : أمرك بيدك ، أو طلاقك بيدك . أو طلقي نفسك ، أو نحوه^(٤) .

قال مالك : ومن ملك زوجته قبل البناء أو بعده ولانية له ، فالقضاء ماقتضت ، ولا مناصرة له إلا أن تكون له نية حين ملكها في كلامه الذي ملكها فيه فله ذلك ، ويحلف على ما نوى^(٥) . /

ب/١٧٣٦

(١) أخرجه سحنون من صريق الليث وابن هبة عن عبيد الله بن أبي جعفر عن رجل من أهل حمص ، انظر : المدونة ٣٩٢/٢ .
والحديث فيه عبيد الله بن أبي جعفر قال ابن حجر : من الخامسة . التقريب ٦٣٠/١ رقم (٤٢٩٦) .

فالحديث ضعيف بسبب الانقطاع لعدم سماع عبيد الله بن أبي جعفر عن أحده من الصحابة .
(٢) كعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح .
انظر : المدونة ٣٩٢/٢ .

(٣) القائل هو القاضي عبد الوهاب .

(٤) انظر : المدونة ٨٧٨/٢ .

(٥) انظر : المدونة ٣٧٧/٢ تهذيب المدونة ص ١١٦ .

ابن المواز : قال أصبغ : والنية التي ينتفع بها في هذ منواه أولاً^(١) في أول كلامه الذي ملكها فيه^(٢) ، وأخرج التميمي عيه ، فأب ما جدد من النية عندما سمعها تقضي أو بعدما ملكها فلا ينتفع بها^(٣) .

ابن المواز : ويخف مكنه في المدخول بها ، لأن له الرجعة مكانه ، فإن لم يكن بنى فلا يلزمه الآن يمين ، لأنها قد بنت منه ، فإذا أراد نكاحها حلف على^(٤) مانوى ، ولا يحلف قبل ذلك ، إذ لعله لا يتزوجها^(٥) .

قال عبد الوهاب : وإنما يكون له منكرتها ثلاثة شروط وهي : أن يزعم أنه نوى ذلك عند تميمي ، وأن يكون تمليكها إياها من غير شرط ، وأن يذكرها في الحال ، وإنما ذلك لأن ظاهر تمليكها أنه ملكها جميع ما يده فإذا ادعى ما يخالف ذلك لم يقبل منه إلا أن يكون نواه . ويحلف على ذلك فيقبل قوله ، لأن الطلاق بيده فلا يخرج عنه إلا ما أقر به أنه أراده ، لأن تمليكها يحتمل ما قدمه ، وإنما شرطنا أن يكون ذلك في الحال ، لأن إمساكه عنها دلالة على رضاه بما قصت ، ولو كان بخلاف ما أراد لبادر بالإنكار ، وإنما شرطنا أن يكون تمليكها طوعاً لا عن شرط ، لأنه إذا كان عن شرط فالغرض منه تمليك ما يزيل العصمة لانقضاء عدد الطلاق بقاء العصمة ، ولا تستفيد بشرطها شيئاً ، إذ لعصمة باقية . وذلك كالعوض في الخلع ، لأن المقصود منه زوال العصمة وإلا لم تستفد بالعوض شيئاً^(٦) .

قال الشيخ : وقد قال بعض فقهاءنا : سألت أبا بكر بن عبد الرحمن عن الرجل يملك زوجته فقضت بالثلاث فلم ينكحها ، هل له منكرتها بعد المحس عسى

(١) "أولاً" ليست في ز .

(٢) "الذي ملكها فيه" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٨٩/ب .

(٤) "على" ليست في أ ، ب .

(٥) المصدر نفسه ل ٢٨٩/أ .

(٦) انظر : المعونة ٨٧٩/٢ .

قوله في الممسكة أن لها أن تقضي بالفراق بعد^(١) المجلس؟ فقال : لا يدخل الخلاف في المناكحة ، وسكوته التزام لما قضت به . بخلاف الممسكة ، لأن الزوج فَرَضَ إليها فلا بد من انتظار جوابها . على القول الذي لم يقن به ابن القاسم^(٢) .

ومن العتبية : قال ابن القاسم عن مالك فيمن قال لامرأته : أمرك بيدك ، فتقور : قد طنقت نفسي بثلاث ، فيقول : لم أرد طلاقاً ، ثم يقول بعد ذلك : إنما أردت واحدة ، قال : يحلف على نيته وتلزمه تطيقة .

قال أصبغ : هذا وهم عند من السامع لا يقين منه نية بعد أن قال : لم أرد شيئاً ، والقضاء ما قضت المرأة^(٣) من البتات^(٤) .

قال عنه أشهب : ومن قال لامرأته وهو يلاعها : أمرك بيدك ، فقالت : قد تركتك ، فقال الرجل : لم أرد طلاقاً ، ما قلت ذلك إلا لاعباً . وقالت امرأة : مثل ذلك ، قال^(٥) : أرى أن يحلف ما أرد إلا واحدة ، وتكون واحدة وفيها شبهة وماهي بالبينة .

قيل : فتوى على لرجل حرجاً أن يحلف أنه إنما أراد واحدة والله يعلم أنه ما^(٦) أراد شيئاً ؟

قال : لا بد له من هذا ، فكيف يصنع .

فيحلف ما أراد بقوله الطلاق وتكون واحدة^(٧) .

(١) في أ ، ب "في" .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٣١/ب .

(٣) "المرأة" يست في أ .

(٤) العتبية مع البيان والتحصيل ٢٢٧/٥ .

(٥) أي مالك .

(٦) في أ "إنما" .

(٧) انظر : انوار والزيادات ل ٢٨٩/ب .

قال الشيخ : وهذه مسألة ضعيفة ، والطلاق هزلُهُ رَجْدٌ ، والتملك يجرُّ إلى الطلاق ، فيؤخذ أن بقولهما ، ويكون قولها : قد تركتك ، كقوله : قد خلَّيتك وفارقتك .

وقد قال ابن المواز فيهما : إنها واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك ، فأجعل قولها : قد تركتك ، واحدة ، ولا أجعلها أكثر ، إذ لا يحنف النساء في التملك ، والله أعلم .

[فصل ٢ — في أثر الافتراق من المجلس بعد التملك أو التخيير]

ومن المدونة : قال مالك : وإن غيَّرها ، أو مكَّها فذلك لها مادامت في مجلسها ، فإن تفرقا فلا شيء لها ، وقاه عمر^(١) وعثمان وابن مسعود^(٢) رضي الله عنهم وكثير من التابعين^(٣) (٤) .

ابن الموار : وكذلك إن ملك أمرها أجنبياً ما لم يقيد التملك فيقول : قد قبلت ، أو^(٥) أنظر ، أو^(٦) شبهه ، فلا يضر الافتراق ولا يزول ما بيده إلا بيقاف / [١٧٤] السلطان ، أو تمكنه من نفسها .

(١) أثر عمر سبق تخريجه ص ٨١٩ .

(٢) أثر عثمان وابن مسعود أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الخيار والتملك ما كان في مجسمهم ٥٢٤/٦ ، رقم (١١٩٣٨، ١١٩٢٩) .

(٣) سبق ذكرهم ص ٨١٩ .

(٤) انظر : المدونة ٣٧٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٦ .

(٥)، (٦) في ز "وار" بدل "أو" في الموضعين .

ولو قال لها الزوج : لأفارقك حتى تُبيّني فراقك أو ردّك ، فليس ذلك له إلا بتوقيف السلطان ، أو ترضى هي بتركه ، أو يطؤها غير مكرهة ، وقاله مالك في العتبية^(١) .

ومن المدونة : قال مالك : وإن وثب حين ملكها يريد قطع ذلك عنها لم ينفعه ، وحدّ ذلك إذ قعد معها قدر ما يرى اناس أنها تختار في مثله ، ولم يقم فراراً فلا خيار لها بعد ذلك .

وقال في باب يعد هذا^(٢) : إذا طال المجلس وذهب عامة النهار وعُلم أنهما قد تركا ذلك ، أو^(٣) قد خرجا مما كانا فيه إلى غيره فلا قضاء لها^(٤) .

ابن المواز : وقال أشهب : ذلك بيدها ما أقاما في المجلس ، واحتج بحديث عمر^(٥) : ماداما في المجلس^(٦)^(٧) .

ومن المدونة : ثم رجع مالك إلى أن ذلك بيدها حتى توقف أو توطأ ، قالت في المجلس : قد قبست^(٨) أو لم تقل ، وتخذ ابن القاسم بقوله الأول^(٩) ، وعيه جلّ أهل العلم^(١٠) .

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢١٣/٥ ، النوادر والزيادات ل ٢٨٩/ب ، ٢٩٠/أ .

(٢) وهو باب جامع التملك .

(٣) في ز "واو" بدل "أو" .

(٤) انظر : المدونة ٣٧٨/٢ ، ٣٩١ ، ٣٩٠ ، تهذيب المدونة ص ١١٦ ، ١١٧ .

(٥) في جميع النسخ "ابن عمر" ، وهو خطأ .

(٦) سبق تخريجه ص ٨١٩ .

(٧) النوادر والزيادات ص ٢٩٠/أ .

(٨) في ز زيادة "أمري" .

(٩) وهو أنه لا قضاء لها .

(١٠) انظر : المدونة ٣٩١/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٧ .

قال شُهَب في المجموعة : وإنما قل مالت : إن ذلك ها بعد الخمس ، مرة ،
ثم رجع عنه إلى أن مت^(١) .

قل ابن سحنون عن أبيه : ونو خيرها وهي في صلاة فريضة فتمتها ، أو في
نافلة فصت أربع ركعات ، فلا يقطع ذلك ما بيدها ، وإن زادت على أربع ركعات
حتى تبلغ من الصلاة ما يرى أنها تاركة لما جعل لها ، وقد تستشير نفسها في أكثر
من مقدار عشر ركعات .

قل : ونو خيرها فدعت بطعم فأكست ، أو امتشطت ، أو اختضبت في
مجلسها فليس بقطع خيارها ، لأن يكون في ذلك كلام غير لخيار يستدل به عسى
ترك ما جعل لها مع طول المجلس والخروج عما كانا فيه^(٢) .

ابن حبيب : وإذا قالت المملكة : عجل عني ولم يجس مقدار ما اختار في
مثله ، أن القول قول الزوج وهي مدعية تريد فراقه^(٣) .

قل بعض فقهاءنا : وكذلك ينبغي لو وطنها فقالت : أكرهني ، وأكذب
الزوج ، أن القول قوله وهي مدعية بالإكراه ، وهي بخلاف مسألة كتب إرخاء
الستور : إذ خيرها فقالت : كنت خترت نفسي ، وقال الزوج : لم تختر ، لأن
الزوج أقر بما جعل لها وادعى عليها ترك ذلك فلم يقبل منه^(٤) .

وإذا قالت : عجل عني ، وأكره فقد تقرر أن المرأة ما قضت ، وانظر
أنهم قد اختلفوا من مجلسهما فكانت المرأة هي المدعية على الزوج أنه عجل عليها ،
إذ تحب استئناف فراقه بعد الوقت الذي كن لها ، وكذلك في دعواها الإكراه ،
لأنها قد أقرت بالوطء الذي يزيل ما بيدها ، فدعواها الإكراه لا يلتفت إليه فذلك
مفترق ، والله أعلم^(٥) .

(١) ، (٢) انظر : النواذر والريادات ل ٢٩٠ / ١ .

(٣) تهذيب الطالب ل ٣٢ / ب .

(٤) والقول قوها ، انظر : المدونة ٣٤٨ / ٢ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٢ / ب ، ٣٣ / أ .

ابن المواز : ولو أرسل إلى زوجته بالتمليك أو بخير فسم تختر ولم تجب حتى فارقتها الرسول فقال مالك : ذلك بيده بخلاف حضور الزوج إلا أن يطول الزمان أو يتبين من أفعالها فعل الراضية بالزوج ، لأن لمشافهة من لزوج كلام ، بعضه جواب لبعض ، والمرس أعطى من ذلك ما لا ينتظر له حواً وليس للزوج أن يبدو له بعد أن أرسل إذا أرسل مجعاً كالكتاب^(١) .

ابن الماجشون : ومن قال لأجنبية : إذا تزوجتك فاختاري ، فلها الخيار إذا تزوجها وإن لم تقل في مجلسها قبل انكاح : قد قبست ، وها لخيار بعد النكاح في مجلس النكاح وفيما قرب منه ويطل فيما بعد^(٢) .

[فصل ٣ - في ذكر بعض ألفاظ التخيير وجواب المرأة وما ينزم بذلك]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق إن شئت ، فكأنه [١٧٤] ب
تفويض فوضه بيده ، فذلك بيدها ، وإن افترقا من مجلسهما^(٣) ما لم توصاً ، وأرى أن توقف فتقضي أو ترد ، فإن قال لها : اختاري ، أو اختاري نفسك ، فقالت : قد احترت نفسي ، فقل : لم أرد الصلاق وإنما أردت أن تختاري أي ثوب أشتريه لك ، فإن تقدم كلام دل على ذلك فذلك به ويدين ، ولا فهو البتات ، وإن حيرها فقالت : قد طنقت نفسي ، سئلت أي طلاق أردت ، فإن كان ثلاثاً لزمه ولا منكرة له ، وإن كان قل لم يلزمه ، وإن قالت : قد فعت ، أو قبلت أمري ، أو اخترت أمري ، سئلت ما أردت بذلك ، فإن قلت : ما أردت به الصلاق ،

(١) انظر : التواضع والزيادات ل ٢٩٣ ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل ٢٩٠ ب .

(٣) "من مجلسهما" ليست في ز .

صدقت فإن قالت : أردت به^(١) طلاقاً دون اثلاث . لم يلزمه ، وإن أرادت الثلاث لزماً ولا مناصرة له^(٢) .

ابن لموز : إذ قالت : اخترت أمري ، فقال عبد الملك : لا يقبل منها وإن قالت : لم أرد الطلاق ، ولو عمم^(٣) نه ممن تعلم الفرق بين ذلك وبين طلاق وقصدت ذلك لقبيل منها ، ولا يكاد يفرق بين ذلك من الرجل إلا من تفقه . فرأيت مذهب^(٤) عبد الملك : أنها أثبتة ، وقال أشهب : تسأل : فإن قالت : أردت زوجي . لم تصدق ، وكان طلاقاً إلا أن تأتي^(٥) بأمر يعرف به صدقها ، وإن قلت : حتى أنظر في أمري ، فذلك محرج ، وإن قالت : كنت لاعبة ، أو : لم أرد شيئاً ، دبت .

وقال أصبغ : هذا^(٦) فراق في^(٧) التحيير و التمييز ، ولا تسأل عما أرادت ، ولا تحمل له إلا بعد زوج^(٨) .

ومن المدونة : وتسأل المرأة في جوابها بما لها وجه يعرف ما أرادت به في خيار ، أو تمليك . إلا أنه يذكرها في التمييز خاصة إن ادعى نية ، ويخلف على مانوى ، فإن لم تكن له نية حين مكها فقصت بالثلاث لزمه ولا مناصرة له ، فإن أجابت بالفاظ ظاهرة المعاني^(٩) كقولها : اخترت ، أو قبست نفسي ، أو طنقت نفسي منك ثلاثاً ، أو طنقتك ثلاثاً ، أو بنت منك ، أو بنت مني^(١٠) ، أو حرمت

(١) "به" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٣٧٩، ٣٧٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٧ .

(٣) "مذهب" ليست في أ ، ب .

(٤) في أ ، ب "إلا إن لم تأتي" .

(٥) أي جوابها : اخترت أمري .

(٦) "في" ليست في أ .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٩١/١ .

(٨) في ز "ظاهرها هذه المعاني" .

(٩) "أو بنت مني" ليست في " ، ب .

عليك ، أو حرمت علي ، أو برئت منك ، أو برئت مني ، أو نحو هذا فهو البتات ، ولا تسأل فيه المرأة عن نيتها في خيار ولا تمليك إلا أن للزوج أن يناكرها في التمسك على ما وصفنا^(١) .

ابن المواز : وقولها : قبست نفسي ، مثل : اخترت نفسي ، في قولهم أجمع ، إلا أشهب بغير حجة كان يقول : قبست أمري ، وقبست نفسي ، سواء ، لا يراه طلاقاً حتى توقف^(٢) ولم يره مثل : اخترت نفسي^(٣) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن قال لزوجه : اختاري أباك ، أو أمك فإن أراد بذلك الطلاق فهو الطلاق ، وإن لم يرد به الطلاق فلا شيء عليه .

وقد سئل مالك عن كانت له زوجة تكثر التردد إلى الحمام ، أو إلى غرفة في دار جيرانها تغزل فيها^(٤) ، فقد لها : اختاري أو اختاري الحمام ، أو الغرفة ؟

فقال مالك : إن لم يرد بذلك طلاقاً فلا شيء عليه .

- قال في كتاب ابن المواز : ويخلف على ذلك^(٥) . -

قال مالك : وإن أراد به الطلاق فهو الطلاق .

قال ابن القاسم : ومعنى قوله : إن أراد به طلاق فهو الطلاق ، إنما ذلك

إن اختارت شيء الذي خبرها فيه بمنزلة ما لو خبرها نفسها ، وإن لم تختَر ذلك فلا شيء لها^(٦) .

قال ابن المواز عن ابن القاسم : وإن أراد الطلاق فهو البتات ، لأنه خيار^(٧) .

(١) انظر : المدونة ٣٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٧ .

(٢) في أ ، ب زيادة " و حدة " .

(٣) النوادر والزيادات ل ٢٩١/ب .

(٤) " تغزل فيها " ليست في ر .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل ٢٩٦/ب .

(٦) انظر : المدونة ٣٨١، ٣٨٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٧ .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٩٦/ب .

**[فصل ٤ — فيمن قال لرجل : خير امرأتي ،
ومن وطئ زوجته قبل علمها بالتخيير
ومن قال لزوجه : أمرك بيدك ، وجواب ذلك وما يلزم به]**

ومن المدونة : ومن قال لرجل : خير امرأتي ، فسمعت المرأة فاختارت نفسها قبل أن يخبرها بذلك لازم أن جمعه رسولاً ، وإن أرد تفويضه إليه كقوله : خيرها إن شئت ، أو بكلام دل به على ذلك ، فلا خيار لها حتى يخبرها الرجل . وإن شهد أنه خير امرأته ثم ذهب فوطئها قبل أن تعلم فلها الخيار ، إذا علمته ، ويعاقب زوج في رطئه إيها قبل أن يعلمها ، لأن مالكا قال فيمن شرط لامرأته إن تزوج عليها / أو تسر فأمرها بيدها ، ثم فعل ذلك وهي لاتعلم لم ينبغ له أن يطأها حتى يعلمها فتقضي أو تترك .

قال ابن القاسم : وإن وطئها قبل أن^(١) تعلم فلها الخيار إذا علمت .

قال مالك : وكذلك الأمة تعتق تحت عيب فيها أن تمنعه من وطئها حتى تختار أو تترك ، فإن وطئها قبل أن تعلم فلها الخيار إذا علمت ، فإن أمكنته بعد العلم من وطئها فلا خيار لها .

وإن قال لها : أمرك بيدك ، فطلقت نفسها واحدة فهي واحدة وله الرجعة . وإن قال لها الزوج : إنما أردت أن تطلق نفسها ثلاثاً ، أو تقيم ، فالواحدة تلزمه ، ولا قول له ، وإنما يكون لسزوج منكرتها إذ زدت على الواحدة ، أو على^(٢) الاثنين ، وإن قالت : قد طلقت نفسي ألبتة ، أو اخترت نفسي ، أو قبلت نفسي ، فهي ثلاث إلا أن يتاكرها مكانه ويخلف فيلزمه مدنوى من واحدة أو أكثر ، ولا تسأل المرأة هاهنا كم أرادت من لطلاق ، لأنها قد بينت ، وليس لها أن تقول

(١) "أن" ليست في ز .

(٢) "على" ليست في ز .

في هذه الألفاظ : أردت دون الثلاث - يريد بعد البناء - وإن قالت : قد قبست ، أو قبست أمري ، أو طلقت نفسي ، سئت عن نيتها ، فيزعم مانوت إلا أن يذكرها الزوج فيما زاد على الواحدة ، فإن جهلوا سؤلها في المجلس^(١) حتى مضى شهر^(٢) ، أو شهران ، ثم سألوها فقالت : أردت ثلاثاً ، فلزوج مناكرتها فيما زاد على الواحدة وإن قلت : لم أرد بقولي : قبست ، أو قبلت أمري ، طلاقاً . صدقت وكان لها أن تطبق نفسها الآن . أو ترد وإن كان بعد شهرين ، لأن قولها^(٣) ما جعل لها لا يزيه من يدها إلا إيقاف^(٤) من إمام . أو تترك هي ذلك ، أو توطأ طوعاً . وإن وُطئت كرهاً فهي على أمرها^(٥) .

وقال المغيرة في المجموعة : إذا لم تشترط : استخير ، أو أنظر ، لم يكن إلا الثلاث .

وقال عبد الملك : إذا قالت : لم أنو شيئاً بقولي : قد قبلت ، وقال الزوج : لم أنو شيئاً حين ملكتها ، لزمته الثلاث^(٦) .

ومن غير المجموعة : فإذا قال لها : اختري ، أو أمرك بيدك ، ولانية له ، فقالت : قد طلقت نفسي ، ولانية ها ، أنها طلقة ، كالزوج إذا قال لها : أنت طلق ، ولانية له أنها طالق واحدة^(٧) ، ففي التخيير يسقط^(٨) ، وفي التملك تلزمه الواحدة^(٩) .

ابن المواز : وإذا قالت : طبقت نفسي ، فلتسأل في التملك : كم أرادت .

(١) "في المجلس" ليست في ز .

(٢) "قبولها" مكانها بياض في أ ، ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٨١-٣٨٤ ، تهذيب المدونة ص ١١٧ .

(٤) التوادر والزبادات ن ٢٩٠/ب .

(٥) لأن مادون الثلاث في الخيار لا يلزم الزوج به شيء .

(٦) انظر : النكت والفروق ل ٨٤/أ ، ب .

وروي عن ابن القاسم : أنها لا تسأل ، وهي في التملك طلبة واحدة ، فأما في الخيار فتُسأل في المجلس فإن قالت : واحدة ، سقط خيارها ، وإن افرقا سقط أيضاً .

ابن الموز : وأحب إلي أن تكون في التملك طلبة ، ولا تسأل في الخيار بعد جوابها ، لأنه هو الجواب^(١) .

قال الشيخ : تحصيله : إذا خيرها أو ملكها فقالت : قد طلقت نفسي ، فظاهر المدونة أنها تُسأل في المجلس وبعده : كم أرادت ، فن قالت : واحدة ، لزم في التملك وسقط في الخيار ، وإن قالت^(٢) : ثلاثاً ، لزم في الخيار وكسان له مناكرتها في التملك إن ادعى نية^(٣) .

وقيل : لا تسأل في خيار ولا تملك في مجلس ولا بعده^(٤) ، وهي واحدة ، وتسقط في الخيار وتلزم في التملك .

وقيل : تسأل في الخيار في المجلس ، ولا تسأل بعده ويسقط خيارها .

[فصل ٥ — فيمن قال : قد ملكتك الثلاث أو اختاري في ثلاث ، ونحو ذلك]

ومن المدونة : وإن قال لها : قد ملكتك الثلاث ، فقالت : أن طالق ثلاثاً ، فذلك لها^(٥) .

قال الشيخ : يريد وإن قضت بدون الثلاث لم يلزم كخيار .

(١) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٩١/٢ .

(٢) في أ ، ب زيادة " واحدة " .

(٣) انظر : المدونة ٣٧٤/٢ ، ٣٧٨ .

(٤) " ولا " ليست في أ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٣٨٤/٢ ، نهذيب المدونة ص ١١٧ .

وقد ابن حبيب : قد أصغ : إن قال لها : اختاري في ثلاث ، فاختارت واحدةً فذلك له ، وإن قال له : من ثلاث ، فهو / أيّنه ، وإن قد : اختاري ثلاثاً ، [١٧٥] ب أو ملكتك ثلاثاً ، ولم يقل : في ، ولا : من ، فإن اختارت أقر من الثلاث م يلزمه شيء^(١) .

قال ابن سحنون عن أبيه : وإن قد ها : اختاري في ثلاث ، أو في الثلاث ، أنها واحدة ، ولها الخيار في واحدة ، أو اثنتين ، أو ثلاث ، ولو قال : من الثلاث ، أو من ثلاث ، لم يكن لها الخيار إلا في واحدة واثنتين لا في ثلاث ، ولو قال ها : أمرك بيدك ، ثلاثاً . فليس لها إلا ثلاث ، أو الزك ، فإن قبلت واحدةً فلا شيء لها ، ثم إن قالت مكنها : فثنا قضى بالثلاث ، إن لم تقبل منه لواحدة فليس لها ذلك ، وإنما لها جواب واحد^(٢) .

وفي كتاب ابن القصار : إذا قال له : طلقي نفسك ثلاثاً ، فقالت : قد طلقت واحدة ، أو قال لها : طلقي نفسك واحدة ، فقلت : قد طلقت نفسي ثلاثاً ، لم يقع عيها شيء من الطلاق^(٣) .

ومن المدونة : وإذا قال لها : أنت طالق واحدة إن شئت ، فقالت : قد شئت ثلاثاً ، لزمته واحدة^(٤) .

فهذا بخلاف قول ابن قسار ، ووجه قول ابن القصار : فلأنها لم تفعل الصفة التي شرط لها .

(١) ، (٢) التوارد والزيادات ل ٢٩٢ ب .

(٣) تهذيب الطالب ل ٣٢ / .

(٤) انظر : المدونة ٣٨٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٨ .

[فصل ٦ — في تكرير التملك وما يلزم به]

ومن المدونة : وإن قال لها : أمرك بيدك في أن تطبقي نفسك ثلاثاً ، أو قال لها : طلقي نفسك ثلاثاً ، فطلقت نفسها^(١) واحدة لم يلزمه كاخيار ، وإن ملكها في تصيقتين - يريد أو في ثلاث - فقضت بواحدة لزمت طقة إلا أن يريد بذلك معنى الخيار في أن تطلقي ثنتين ، أو تدعي ، وإن قال لها : أمرك بيدك إذا جاء غداً ، فذلك وقت بخلاف قوله : إذا قدم فلان ، وإن قال لها : أمرك بيدك ، أمرك بيدك ، أمرك بيدك . فطلقت نفسها ثلاثاً ، متى ألزوح ماذا أراد ، فإن نوى واحدة حلف وكانت واحدة ، وإن أراد لثلاث فهي ثلاث ، وإن لم تكن له نية فalcضاء ماقضت من واحدة فأكثر ولا متاكراً له^(٢) .

ابن المواز : قال مالك : وإذا ملكها فقالت : كم ملكتي؟ فقال : مرة ومرة ومرة ، فإن قال : أردت واحدة ، حلف وصدق .

وقال ابن القسيم في المجموعة : هي ثلاث إذا احتارت نفسها ولا متاكراً له كالقائل : قد طبقتك مرة ومرة ومرة^(٣) .

قال الشيخ : وهذا أبين .

ومن المدونة : وإن قال لها : أمرك بيدك ، وأرد ثلاثاً ، فطلقت نفسها واحدة فذلك لها وتزعم طقة وله الرجعة ، وإن قال لها : أمرك بيدك . وكرر ذلك ثلاثاً ، ينوي بالتكرار ثلاثاً ، فقالت : قد صقت نفسي واحدة ، أو^(٤) ملكها أمرها مرة ونوى اثلاث ، أو^(٥) لانية له حين ملكها فقضت بتطبيق أنها واحدة وله الرجعة^(٦) .

(١) "نفسها" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٨٥، ٣٨٦ ، تهذيب المدونة ص ١١٧ .

(٣) انظر : التودر والزيدات ل ٢٩٣/أ .

(٤)، (٥) في أ "أو" بدل "أو" في الموضعين .

(٦) انظر : المدونة ٢/٣٨٥ ، تهذيب المدونة ص ١١٧ .

وفي المجموعة : إذ قال : قد ملكتك ، وقد منكك ، وقد مكنتك ، فقضت بالثلاث فهي ثلاث ، ولا يُنَوَّى ، وإن قضت بدون ثلاث فهو ماقضت به ، وكذلك إذا قل : قد ملكتك مرةً ومرةً ومرةً ، فاختارت نفسها فهي ثلاث ولا مناصرة له ، كالثلاث : قد طقتك مرةً ومرةً ومرةً^(١) .

قال مالك : وإن ملكها ولانية له فقالت : قد حرمت نفسي ، أو أبنت نفسي ، فهي ثلاث ، وإن قال لها : أمرك بيدك : ثم قال لها أيضاً قبل أن تقضي ، أمرك بيدك على نف درهم ، فيها القضاء بالقول الأول بالأعرم ، وقوله الثاني ندم منه ، كقول مالك فيمن قال لزوجته : إن أذنت لك إلى أمك فأنت طلق البتة ، ثم قال لها بعد ذلك : إن أذنت لك إليها إلا أن يقضي علي به سلفاً فأنت طلق ثلاثاً ، قال مالك : يزمه قوله الأول ، والثاني ندم منه^(٢) .

قال الشيخ : وحكي لنا عن بعض فقهاء القرويين في الذي قال لامرأته : أمرك بيدك ، ثم قال لها : أمرك بيدك على ألف درهم ، فقضت بالثلاث ، فإن ناكرها الزوج فقال لها : أردت بالكلام الثاني الأول ، وحلف على ذلك لزمته واحدة ، فإن أرادت المرأة ودت^(٣) الألف ، وبانت منه ، لأنها طلقة بمال ، وإن لم ترد دفع / الألف فهي واحدة ، ولزوج الرجعة ، ولو قل : أردت بالكلام الثاني [١٧٦/١] غير الأول ، فناكرها في الأول لما قضت بالثلاث ، فكانت واحدة ، فإن أرادت المرأة أن تؤدي الألف وتأخذه بقوله الثاني^(٤) فذلك لها وتلزم صلقتان وتبين منه ، لأنها صقت على ما رواه إن لم ترد أن تدفع الألف فهي صقة وله الرجعة ، وهذا بين إذا قال الكلام الثاني فور الأول ، وأما بعد صول فلا يقبل منه^(٥) أنه أردت بالكلام

(١) انظر : البوادر والزيادات ل ٣٩٣/١ .

(٢) انظر : المدونة ٣٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٧ .

(٣) "ودت" مكانها يبايض في أ .

(٤) وهو قوله : أردت بالثاني غير لأول .

(٥) منه "ليست في أ ، ب .

لثاني لأول . وثنائي تمليك مستأنف ، وتنزعه طيقتان إن دفعت الألف وتملك نفسها إذا لم يفرقا من المجلس ، وأم إن افترقا ولم تقض في الأول فالثاني تمليك مستأنف في قوله الأول ، وهما^(١) أن تقضي فيهما في الثاني وتكون طيقتان إن دفعت الألف وتملك نفسها^(٢) .

وإن مسكه قبل البناء أو بعده فقالت : قد خنت سبيلك ، فإن نوت بذلك واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً لزمه ذلك إلا أن ينكرها فيما راد على واحدة ويحلف إن دعى نية ، وإن لم تنو شيئاً فهي الثلاث إلا أن تكون للزوج نية فيه مانوى مع يمينه^(٣) .

قال ابن وهب : وروى مالك وغيره : أن رجلاً من ثقيف ملك امرأته نفسها فقالت : قد فارقتك^(٤) ، فسكت ، ثم قالت : قد فارقتك ، فقال : بفيك الحجر ، ثم قالت : قد فارقتك ، فقال : بفيك الحجر ، فاختصما إلى مروان^(٥) فاستحلفه ماسكها إلا واحدة ، ورده إليه^(٦) .

(١) "ولها مكانها يضر في أ ، ب .

(٢) انظر : تهذيب اطلب ل ٣٢/ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٨٦، ٣٨٧ ، تهذيب المدونة ص ١١٧ .

(٤) في الموطأ : "أنت الصلح" .

(٥) في أ ، ب زيادة : "فقال : بفيك حجر" .

(٦) هو مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس لقرشي الأموي ، من كبار التابعين ،

كان كاتب ابن عمه عثمان ، وزيه اخاتم ، وأجلو، بسببه على عثمان ، ولي المدينة غير مرة

لمعاوية ، ثم ولي الشام ومصر تسعة أشهر ، كن ذ شهامة وشجاعة ومكر ودهاء . توفي سنة

٦٥ هـ .

انظر : الطبقات ٥/٢٦ ، سير أعلام النبلاء ٥/٣ .

(٧) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ما يجب فيه نطليقة واحدة من التمليك ٢/٤٣٥ رتم

(١٣) .

قال مالك : وكان القاسم بن محمد يعجبه هذا القضاء ويراه أحسن مسمع^(١).

فصل [٧ - فيمن ملك أمر زوجته رجلين]

قال ابن القاسم : ومن منَّ أمر زوجته رجلين وقال لهما : أمر زوجتي إليكما ، أو بأيديكما ، لم يجز طلاق أحدهما دون الآخر ، ورواه ابن وهب وعبي وأشهب^(٢) عن مالك^(٣).

قال ابن القاسم : إلا أن يكونا رسولين فيلزم الزوج ما طبق أحدهما ، وكذلك الوكيلان في البيع أو الشراء لا يزم فعل أحدهما إلا باجتماعهما^(٤).

ومن العتية : قال ابن القاسم : وإن قل : طلقا امرأتي ، فأيهما طلق جاز طلاقه ، لأنهما رسولان ، وإن طلقا بابتة فقال الزوج : لم أرد إلا واحدة ، صدق ، وإن قال في ذلك : إن شئتما ، لم يجز إلا باجتماعهما^(٥).

قال ابن حبيب : قال أصبغ في قوله : طلقا امرأتي : فهو^(٦) على وجه التمليك حتى يريد الرسالة ، فإذا أرادها وقع ، طلاق بقوله وإن لم يتخراها به . وقال ابن القاسم : هو على وجه^(٧) الرسالة حتى يريد التمليك ويقول : لا يقع الطلاق في الرسالة حتى ينقأها .

(١) وتال مالك أيضاً : وهذا أحسن ما سمعت في ذلك وأجبه إلي .

انظر : المصدر نفسه ٤٣٥/٢ ، المدونة ٣٨٩، ٣٨٨/٢ .

(٢) "زعلي وأشهب" ليست في أ ، ب .

(٣)، (٤) انظر : المصدر نفسه ٣٨٧/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٧، ١١٨ .

(٥) وإلا فلا أمر لهما فيه .

انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٢٨٥/٥ ، ٢٨٦ ، النوادر والزوائد ل ٢٩٥/١ .

(٦) "فهو" ليست في أ ، ب .

(٧) "وجه" ليست في ز .

قال أشهب فيمن جعل أمر امرأته بيد رجلين فصلق عليه أحدهما بالبتة والآخر بالواحدة قال : لاشئ عليه .

وقد بن الماجشون : تزمه واحدة ، وهو أحب إلينا . وقاله مطرف^(١) وأصيح^(٢) .

وروى عيسى عن ابن لقاسم فيمن ملك أمر امرأته ثلاثة رجال فطلقها واحد واحدة ، والثاني اثنتين ، والثالث ثلاثاً : فإنما تزمه واحدة لاجتماعهم عليها^(٣) .

[فصل ٨ — في تمليك الأمة]

ومن المدونة : قل بن لقاسم : وإن كن حرٌ على أمة فملكها ولانية له ، أو نوى الثلاث . فقضت بالثلاث فهي الثلاث . لأن طلاق^(٤) الحر الأمة ثلاث ، ولو كان عبداً لزمته طلقتان ، لأن ذلك جميع^(٥) طلاقه^(٦) .

[فصل ٩ — فيمن نوى التملك بقوله : حيأك الله]

قلت : فمن قال لامرأته : حيأك الله ، يريد بذلك^(٧) التملك ، أو قال له : لامرحباً بك ، يريد بذلك الإيلاء أو لظهار؟ قال : قال مالك : كل كلام ينوي به الطلاق فهو طلاق ، فكذلك هذا^(٨) .

(١) "مطرف" ليست في ز .

(٢) ، (٣) المصدر نفسه ن ٢٩٥/أ ، ب .

(٤) "لأن طلاق" مكانه بياض في أ ، ب .

(٥) ساقط من أ ، ب .

(٦) ، (٧) انظر ' المدونة ٣٨٨/٢ ، تهذيب المسونة ص ١١٨ .

[الباب الثالث]

جامع التمليك والتخيير

وذكر الأجل والشرط فيه /

/١٧٦]

[فصل ١ — جامع التمليك والتخيير
وذكر الأجل وغير ذلك]

قال مالك : وإن قال لها : طلقي نفسك ، أو طلاقك بيدك ، فذلك كالتمليك إن قضت ببنت ، أو طلقت نفسها ثلاثاً ، وقل الزوج : أردت وحدةً ، فالقول قوله إذا رد ذلك عليها مكانه ويحلف ، وإلا فاقضاء ما قضت ، ولو قال لها : طلقي نفسك .

فقالت له : اخترت نفسي ، أو حرمت نفسي ، أو برئت منك ، أو أنا بائمة منك ، فذلك كله ثلاثٌ من م ينكره في بحسه ، وله منكرته فيما زاد على الواحدة إن دعى نيةً ويحلف ، ولو قال هـ : أنت طالق ثلاثاً إن شئت ، فذلك كالخيار لاتلزمه الواحدة إن قضت بها ، وإن قال ها : أنت طالق واحدة إن شئت ، فقالت : قد شئت ثلاثاً ، بزمت الواحدة ، وإن قال لها : أنت طالق كما شئت ، فيها أن تقضي مرةً بعد مرة ، ولا يزول ما بيدها إلا أن ترد ذلك ، أو توصاً طوعاً أو توقف فلاقضاء لها بعد ذلك^(١) .

قل ابن الموز : وإن قال لها : طلقي نفسك متى شئت ، فلها أن تطلق نفسها^(٢) متى شاءت مرةً واحدةً في المحس أو بعده ، وله أن ينكرها فيما زاد على الواحدة ، وإن قال لها : ماشئت ، وكم شئت ، فإنها لها ذلك في المحس خاصة

(١) في أ ، ب زيادة "جامع" .

(٢) انظر : المدونة ٣٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٨

(٣) "نفسها" ليست في أ ، ب .

تطلق نفسها متى^(١) شاءت وكم أردت في المجلس لافي غيره ، وليس له أن يناكرها^(٢) .

قال الشيخ : فهذه ثلاثة أوجه حكمها مفترق ، وإن ملكها إلى أجل فلها أن تقضي مكانها .

قال مالك : وإن قال لها : أمرك بيدك إلى سنة ، فونها توقف متى ما علم بذلك ولا تترك تحته ، وأمرها بيدها حتى توقف فتقضي أو ترد^(٣) .

قال ابن القاسم : وكذلك إن قال لها : إذا أعطيتني ألف درهم فأنت طالق ، فإنها توقف الآن فتقضي أو ترد إلا أن يطأها في الوجهين طائعة فيزول ما بيدها ولا توقف^(٤) .

قال ابن حبيب : قال أصبغ : إذا جعل أمرها بيدها إلى أجل ، أو بيد غيرها فلا يقطع ذلك وطؤه إيها ، وإن جعه إلى غير أجل فوطؤه يقطعه وفراق المجلس . وقال ابن الماجشون : وإن جعله بيد غيرها فلا يقطعه الوطء وإن علم به . وبه قول^(٥) .

ومن المدونة : وإن قال لها : أنت طالق غداً إن شئت ، فقالت : أنا طالق الساعة ، أو قال لها : أنت طالق الساعة إن شئت ، فقالت : أنا طالق غداً ، وقع الطلاق فيهما جميعاً الساعة .

قال مالك : ومن ملك امرأته أمره فقصت بالطلاق إلى رجل فهي طالق مكانها ، وإن قال لها : إن دخلت لدار فأنت طالق ، فردت ذلك فلا رد لها ، لأن هذا يمين متى دخلت وقع الطلاق ، بخلاف قوله : أنت طالق كلمت شئت ، لأن هذا

(١) في أ ، ب "بما" .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٩٢/ب .

(٣)، (٤) انظر : المدونة ٣٩٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٨ .

(٥) النوادر والزيادات ل ٢٩٥/أ .

غير يمين ، وهو من وجه لتمليك ، وإن قال لها : أمرك بيدك ، ثم قال لها : أنت طالق ، فإن قضت بواحدة لزمت طلقتان ، وإن قضت بثلاث فله أن يناكرها إن كانت له نية أنه مملكتها ، لا واحدة ، وتكون اثنتين ، وإن خيرها ، أو ملكها فلم تقض حتى طلقها ثلاثاً أو واحدة ثم نكحها بعد زوج أو بعد عدتها من الطلقة فلاقضاء لها ، لأن هذا منك مستأنف ، ولا ينظر ههنا إلى ما بقي من طلاق الملك الأول ، إذ ليست بيمين انعقدت عليه .

قال الشيخ : ويُعد رضاها بنكاحه قطعاً لما جعسها كالوطء في الملك . قال مالك : وإذا ملكها أمرها أو ملك أمرها أجنبياً ثم بدا له ، فبفس ذلك له ، والأمر إليهما ، فإن قاما من المجلس قبل أن يقضيا - أعني ^(١) المرأة أو الأجنبي - فلا شيء هما بعد ذلك . المجلس في قول مالك لأول ، وبه آخذ . ابن القاسم : وبعد ذلك في قول مالك لآخر ما لم يوقفا ، أو توصاً الروجة ، وإن خلّى هذا الأجنبي بينها وبين زوجها وأمكنه منها زال ما بيده من أمرها ، وإن جعل أمرها بيد رجل يطلق متى شاء فلم يطلق حتى وطئها الزوج / زال ما بيد الرجل ^(٢) .

قال بن المواز : إلا أن يطأها بغير رضاه وعلمه . قال الشيخ : وحكي عن أبي محمد : إذا ملك المدخول بها ثم طلقها في المجلس طلقاً فلها أن تقضي مداماً في المجلس في قول مالك الأول ، ولها أن تقضي في قوله الآخر ما لم توقف أو يرتجعها ، فتزكه يطؤها ، لا أن تقضي العدة قبل ذلك وإن هي قيدت الخيار بلفظ كقولها : قبت أمري ، فلها أن تقضي في القولين ما لم توقف ، أو توطأ ، أو تنقضي العدة ، قل : وهذا معنى مسألة الكتاب ^(٣) .

(١) 'أعني' ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٣٨٩/٢ - ٣٩١ ، تهذيب المدونة ص ١١٨ .

(٣) انظر : تهذيب الصالح ل ٣٤ / ب .

وحكي عن أبي عمر ن أنه قال : إذا ملكها ثم طلقها واحدةً فانقضت عدتها قبل أن تقضي ، ثم تزوجها بعد ذلك لم يكن لها أن تقضي ، وإنما كان ذلك لأنه هو لو طلقها بعد انقضاء عدتها لم يلزمه . لأنها قد مكثت نفسها فلا تكون هي أقوى منه حالاً ، وسواء قيدت ذلك بقولها : قبلت ، أو لم تقيده .

قال : ولو ملكها ثم خضعها قبل أن تقضي ثم تزوجها في عدة لم يكن لها أن تقضي . لأنها قد ملكت نفسها باخلع فلا يرعى العدة كما لو طلقها بعد الخلع في العدة لم يقع عليها شيء فلا تكون هي أقوى حالاً منه في إيقاع^(١) لطلاق^(٢) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فمن لم يصب الزوج حتى مرض فطلقها الوكيل في مرض الزوج لزمه الطلاق وترثه ، لأن مالكاً قال في الشيء تفتدي من زوجها في مرضه : إنها ترثه ، والتي قل لها في صحته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق ألبتة ، فدخلتها وهو مريض^(٣) نها ترثه^(٤) .

قال ابن المواز : ومن ملك رجلاً فملك الرجل غيره وطلق ، فذلك غير لازم ، وكذلك لا يوصي به إلى غيره .

وقد قال ابن القاسم في التي جعل أمرها بيد أمها إن غاب ، فماتت الأم^(٥) ، فإن أوصت الأم بذلك بعينه إلى أحده فذلك له ، وإن لم توص به إلى أحده فذلك للابنة فيما رأيت من قول مالك .

وقال أشهب وابن عبد الحكم وأصبع : ليس لها أن توصي به إلى أحد^(٦) . والشرط ساقط يوم ماتت الأم^(٧) .

(١) في أ ، ب "حال" .

(٢) المصدر نفسه ل ٣٤/ب .

(٣) انظر : المدونة ٣٩١/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٨ .

(٤) 'الأم' ليست في ز .

(٥) 'إلى أحد' ليست في ز .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٢٩٤/أ .

ومسألة الأم في كتاب بيع^(١) الخيار من المدونة^(٢) .

[فصل ٢ — شرط التملك في عقد النكاح أو بعده]

ومن المدونة : وإن شرط لها في عقد النكاح إن تزوج عليها فأمرها بيدها فتزوج فقضت بالثلاث فلانكارة له وذلك لازم^(٣) .
قال في كتاب الأيمان بالطلاق : بنى بها أم لا^(٤) .
قال الشيخ : ولو قالت : أشهدوا متى ما فعل زوجي ذلك فقد اخترت نفسي ، فذلك يلزمه ، قاله مالك ، رقبيل : لا يلزمه ، والأول أصوب^(٥) .
ومن المدونة : وإن طلقت نفسها واحدة وقد بنى بها فله الرجعة ، وإن لم يبن بها بانت بالواحدة ، وإن طلقت واحدة ولم توقف فليس لها أن تزيد عليها كالتى توقف فتطلق واحدة فقد تركت ما زاد عليها ، ولو كح عليها امرأة فسم تقض فلها أن تقضي إن كح عليها ثانية أي الطلاق شاءت ، وتحلف مارضيت إلا بالأولى وما تركت الذي لها ، ولو طلق الأولى ثم راجعها بنكاح فله المملكة القضاء ، وليس رضاها بها أولا بل لازم لها مرة أخرى .

(١) "بيع" ليست في ز .

(٢) وهي أم مالكاً سئل عن رجل تزوج امرأة وشرطت عليه أمها : إن تزوج عليها أو تسرى أو خرج بها من بيدها فأمرها بيد أمها ، فماتت الأم ، أترى ما كان بيد الأم من ذلك قد انفسخ؟ قال مالك : إن كانت أوصت بما كان لها من ذلك إلى أحد فذلك إلى من أوصت إليه بذلك .
انظر : المدونة ١٧٤/٤ .

(٣) "وذلك لازم" ليست في ز .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٣٩٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٨ .

(٥) انظر : المدونة ٢٢٠/٣ .

(٦) انظر : تهذيب الطائفة ل ٣٤/١ .

ومن كتاب التخيير : قال ابن القاسم : وإن كان تبرّع^(١) بهذا الشرط بعد العقد فله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة إن ادعى نيةً ويحلف^(٢) .

قال ابن المواز : وإن شرط في عقد نكاحها أن تزوج عليها فأمر التي يتزوج بيد الأولى فتزوج فقضت بالثلاث فناكرها ، فإن كان بعد بنائه بالثانية فلامتأخرة له وإن كان قبل بنائه فله أن يناكرها .

قال سحنون : وروى بعض / أصحابنا عن ابن القاسم فيمن شرط لامرأته { ١٧٧/ب } أن تزوج عليها فأمر الجديدة بيدها ، فتزوج عليها سرّاً ولم تعلم حتى طلق القديمة قال : لها أن تقضي ، وقال سحنون : إن كان طلاقه إياها بائناً فلا شيء لها ، وإن كان غير بائن فلها أن تقضي^(٣) .

ومن العتبية : روى عيسى عن ابن القاسم فيمن شرط لزوجه أن تزوجت عليك فأمرها^(٤) بيدك ، أو قال لها : بيد أهلك ، فلم تقض هي أو الأب شهراً ، ثم أراد من ذلك بيده أن تقضي قال : إن أشهد أن ذلك بيده ينظر فيه فذلك له ما لم يدخل بالجديدة فلا شيء لهما ، وإن لم يشهد حتى نكح الثانية فقد زال ما بأيديهما^(٥) .

قال ابن المواز : وإذا كان لها شرط تمليك إن تسرر أو تزوج عليها فأذنت له فقال مالك وابن القاسم وأصيب : ذلك جائز له ، وقال أشهب : لا يجوز ، فإن فعل فأمرها بيدها إلا أن يكون في الشرط : إلا أن يتزوج بإذنها . ابن المواز : ومن حجته أنها أذنت فيما لم تملكه^(٦) .

(١) "تبرّع" مكنها بياض في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٩١، ٣٩٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٨ .

(٣) انظر : التواتر والزيادات ل ٢٨٣/ب .

(٤) في ز "فأمرك" ، وهو تحريف .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل ٢٨٤/أ .

(٦) وقال : وقول أشهب حسن . انظر : المصدر نفسه ل ٢٨٦/ب .

قال الشيخ : كتسيم الشفعة قبل الشراء .

قال ابن المواز : وإن أعطته مالاً على أن يطلقها ثلاثاً فطلقها واحدة ، أو على أن يملكها ففعل فقضت بواحدة فالمال له وهي لازمة له واحدة بائن ، ولا حجة لها ، إذ نالت بها مانالت^(١) بالثلاث ، وإن أعطته مالاً على أن يخبرها ففعل فقضت بالثلاث فله أن يناكرها مادام في المجلس^(٢) .

قال الشيخ : لأن الواحدة تبينها ، لأنه كالقدا ، فهي كالتى لم يدخل بها .

(١) "نالت بها مانالت" مكانها ياض في أ ، و "بها مانالت" مكانها ياض في ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل ٢٩٥ ب .

[الباب الرابع]

جامع القول في الحرام وألينة والبرية والخلية والبائن^(١)

وما يلزم من معاني الطلاق

^(٢) وفيمن قال : اعتدي ، أو كرر الطلاق ،

أو أراد أن يحلف فصمت بعد ذكر الطلاق ،

أو خاطب زوجته بما ليس من ألفاظ الطلاق ونيته في ذلك الطلاق

وذكر الطلاق بالقلب^(٣)

[فصل ١ — في أن الطلاق بلفظ الحرام وألينة ثلاث]

وسمى الله سبحانه الطلاق^(٤) بغير اسم ، فقال : ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِئَدَّتِهِنَّ﴾^(٥) ، وقال : ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ﴾^(٦) ، وقال : ﴿أَوْ سَرَّحُوهُنَّ﴾^(٧) ، فكل ما قارب ذلك من ألفاظ الطلاق فله حكمه .

وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : من بت امرأته فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره^(٨) .

-
- (١) "والبائن" ليست في ز .
 - (٢) في ز جعل عنواناً لباب آخر .
 - (٣) "الطلاق" ليست في أ ، ب .
 - (٤) سورة الطلاق : آية ١ .
 - (٥) سورة الطلاق : آية ٢ .
 - (٦) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .
 - (٧) هذا الحديث لم أعثر عليه إلا في المدونة ، فقد أخرجه سحنون عن مسلمة بن علي عن محمد ابن الوليد الزبيدي عن ابن شهاب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .
انظر : المدونة ٤٠٣/٢ .
 - والحديث ضعيف لأنه مرسل .

وقال عمر وابن عمر وابن عباس وعائشة^(١) وغيرهم من الصحابة والتابعين^(٢) : إن ألبنة كالثلاث^(٣) .

قال علي بن أبي طالب : ويعاقب من طلق ألبنة^(٤) .

وقال عمر وعلي وابن عمر^(٥) في الحرام : إنها ثلاث^(٦) ، وكذلك قال علي وابن عمر في البائن والخينة والبرية^(٧) .

قال زيد بن أسلم في قول الله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾^(٨) : إنما سبب ذلك أنه صلى الله عليه وسلم حلف بالله أن لا يطاء أم ولده

(١) "عائشة" ليست في ز .

(٢) "وغيرهم من الصحابة والتابعين" ليست في ز .

(٣) فمن الصحابة : علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وأبو هريرة .

انظر : المصنف لابن أبي شيبة ٩٦،٩٤/٤ رقم (١٨١٣٥، ١٨١٤٣، ١٨١٢٧) .

ومن التابعين : القاسم بن محمد وابن شهاب وربيعة ومكحول .

انظر : المدونة ٤٠٤/٢ .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ألبنة ٩٥،٩٤/٤

رقم (١٨١٣٥، ١٨١٢٨) .

(٥) أخرجه في المدونة ٤٠٤/٢ .

(٦) "ابن عمر" ليست في ز .

(٧) أثر عمر وابن عمر أخرجهما البيهقي ، كتاب الخلع والطلاق ، باب من قال في الكنيات إنها

ثلاث ٥٧٦،٥٦٤/٧ رقم (١٥٠١٩، ١٥٠٦٨) .

وأثر علي أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلية والبرية وأشباه ذلك ٤٣٤/٢

رقم (٦) .

(٨) أي إنها ثلاث ، أخرجهما سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب ألبنة والخلية والحرام

٣٨٥/١ رقم (١٦٧٨، ١٦٧٩) .

(٩) سورة التحريم : آية ١ .

إبراهيم واسمها مارية القبطية^(١) ، ثم قال بعد ذلك : هي عليّ حرامٌ ، فأمره الله سبحانه أن يكفر بقوله تعالى : ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾^(٢) ، فكانت كفارته ليمينته بالتحريم^(٣) .

والطلاق من حدود الله سبحانه ومما يُرهب أن يُتعدى فيه حدود الله^(٤) ، وقد جاء أن هزله جحد^(٥) .

قال مالك : ومن قال لزوجته قبل البناء أو بعده : أنت عليّ حرام ، فهي ثلاثٌ ، ولا ينوئ في المدخول بها ، وله نيت في غير / المدخول بها في واحدة فأكثر [١٧٨/ منها^(٦) .

قال الشيخ : لأنها تبين منه وتحرم عليه بالواحدة ، وأما المدخول بها فلا تحرم أو تبين إلا بالثلاث إلا في طلاق^(٧) يكون معها فداء ، فذلك فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها .

(١) هي مارية بنت ثيمون القبطية ، أم ولد لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، أهداها له المقوقس القبطي صاحب الاسكندرية سنة سبع من الهجرة ، ماتت في خلافة عمر سنة ١٦هـ ، فصلى عليها عمر ودفنها بالقيع .

انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٣٩٦/٤ ، الإصابة ٣٩١/٤ .

(٢) سورة التحريم : آية ٢ .

(٣) أخرجه في المدة ٣٩٥/٢ وهو مرسل لأن زيد بن أسلم من الطبقة الثالثة . انظر : التقريب ٣٢٦/١ رقم (٢١٢٣) ، لكنه ورد من طرق أخرى كثيرة ، فأخرجه الدارقطني ، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره ٤٢،٤١/٤ رقم (١٢٢،١٢٣) ، والحاكم ، كتاب التفسير ، تفسير سورة التحريم ٥٣٥/٢ رقم (٣٨٢٤) وصححه ، ووافقه الذهبي على شرط مسم ، وصححه ابن حجر في تلخيص الحبير ٢٠٨/٣ رقم (١٥٩٥) .

(٤) وقد قال الله تعالى بعد ذكر بعض أحكام الطلاق : ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ . سورة النقرة : آية ٢٢٩ .

(٥) يشير إلى حديث "ثلاث جلدن وهزلهن جحد" الحديث ، وقد سبق تحريمه ص ١٣٣ .

(٦) انظر : المدة ٣٩٣/٢ ، تهذيب المدة ص ١١٨ .

(٧) "في طلاق" مكاتها يياض في أ ، ب .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : لم أُرِدْ بذلك الطلاق وإنما أردت الظهار ، لم يصدّق^(١) (٢) .

قال الشيخ : وهذا لما قدمنا في كتاب الظهار أن مكاني الطلاق لا تكون ظهاراً وإن نوى به الظهار ، والحجة في ذلك في كتاب الظهار^(٣) .

فصل [٢ - في الطلاق بألفاظ التحريم وبألبتة]

ومن المدونة : قال مالك : وإن قال : كل حلالٍ علي حرام ، ونوى عموم التحريم فلا يلزمه شيءٌ إلا في زوجته ، نَوَاهَنَ حين تكلم بذلك أم لا ، وَيَبَيِّنُ منه إلا أن يُحَاشِيَهُنَّ بقلبه أو بلسانه فيكون ذلك له وَيَنْوِي ، ولا شيء عليه في غيرهن^(٤) مما حرم عليه من ماله ، أو أمهات أولاده ، أو لبس ثوبٍ ، أو طعامٍ ، أو غيره ، قال : ولا تلزمه في ذلك كفارة يمين^(٥) ، قال ابن القاسم : وإن نوى به اليمين .

وقال ربيعة : من قال : الحلال عني حرام ، فهو يمينٌ إذا حلف أنه لم يرد بها امرأته ، ولو أفردتها كانت طالقاً ألبتة ، وقاله ابن شهاب إلا أنه لم يجعل فيها يميناً ، وقال : يُنْكَلُ على إيمان اللبس^(٦) .

قال الشيخ : وقوله : إلا أنه لم يجعل فيها يميناً ، يريد والله أعلم أنه لا يجعل فيها كفارة يمين ، لأنه لا يخلف ، لأن من أصل بن شهاب أن يخلف في مثل هذا . وروي نحوه عن أبي عمران قال : ورواه أشهب عن مالك^(٧) .

(١) "لم يصدق" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٣٩٣/٢ .

(٣) انظر ص ٧٦٠ .

(٤) "في غيرهن" ليست في ز .

(٥) "يمين" ليست في ز .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٣٩٣/٢ - ٣٩٥ ، تهذيب المدونة ص ١١٨ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٤/ب .

قال الشيخ : فمذهب مالك في المدونة في القائل^(١) : الحلال عليّ حرامٌ ، أن الزوجة داخلةٌ حتى يخرجها بقلبه أو بلسانه^(٢) .

ومذهب ربيعة وابن شهاب : أنها خارجةٌ حتى يدخلها بنيتها ، غير أن ربيعة يحلفه ، فإذا حلف جعل عليه كفارة يمين ، ورواه أشهب عن مالك^(٣) ، وابن شهاب يحلفه ولا يجعل عليه كفارة يمين ، ومالك نحوه .

قال ابن حبيب : قال أصبغ : إذا قال : الحلال عليّ حرامٌ ، أو حرامٌ عليّ كل ما أحل الله ، أو كل ما انقلب إليه حرام ، أو انقلب إلى حرام ، فذلك كله تحريم ، إلا أن يحاشي امرأته ، وأما قوله : عليّ حرامٌ ، فلا شيء عليه^(٤) .

قال الشيخ : إلا أن يقصد بذلك زوجته .

قال الشيخ : وأما القائل : كل ما أعيش فيه حرام ، ولانية له فقد قال ابن المواز : لا شيء عليه^(٥) .

قال بعض فقهاءنا : وأعرف فيها قولاً آخر : أن زوجته تحرم عليه ، كالقائل : الحلال عليّ حرامٌ ، وأظنه في السليمانية .

وقيل لأبي عمران : إن الناس يقصدون بذلك تحريم الزوجة؟ فقال : إذا صار ذلك عادةً لهم لزم به الطلاق^(٦) .

قال أبو عمران : وإذا قال لزوجته : يا حرام ، فقال محمد بن عبد الحكم : لا شيء عليه ، ولانص فيها لغيره ، وذلك إذا كان في بلد لا يريدون به الطلاق ، وهو كقوله : إنك سحتٌ وحرامٌ ، وهو كقوله ذلك لماله^(٧) .

(١) "القائل" ليست في ز .

(٢) كما تقدم قريباً .

(٣) "ورواه أشهب عن مالك" ليست في ز .

(٤)، (٥) النواذر والزيادات ل ٣٢٠/ب .

(٦)، (٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٥/ .

قال ابن المواز : قال أشهب عن مالك فيمن قال لزوجه : رأسي من رأسك حرام ، قال : يلزمه الطلاق^(١) .

قال عيسى عن ابن القاسم في العتية : إذا قال لها : وجهي من وجهك حرام ، قال : فهي ألبنة^(٢) .

قال ابن القاسم : وإن قال لزوجه : قد حرمتك علي ، أو حرمت نفسي عليك ، فهو سواء .

قال ابن القاسم : قال مالك : وكذلك : طلقك ، وأنا طالق منك ، سواء ، وهي طالق ، وإن قال لها : أنت عني حرام ، ثم قال : لم أرد بذلك الطلاق وإنما أردت الكذب ، أردت أن أخبرها أنها حرام وليسست بحرام ، فإن التحريم يلزمه ولا يتو^(٣) .

قال ابن القاسم : وقد سئل مالك / عما يشبه هذا: فم يجعل له نية ، أخبرني [١٧٨/ب] من أثق به أن مالكاً سئل عن رجل لاعب امرأته فأخذت بقرجه على وجه التلذذ ، فنهاها فأبت ، فقال لها : هو عليك حرام ، وقال : أردت أن أحرم أن تمسه ولم أرد بذلك تحريم امرأتي^(٤) ، فتوقف فيها مالك وتحو^(٥) أن يكون قد حث فيها .

ورأى غيره من أهل المدينة أن التحريم يلزمه ، وهذا عندي أخف ممن نوى الكذب في التحريم ، ولم أقبل لك أن التحريم يلزم صاحب الفرج ولكن في مسألتك في التحريم يلزمه ولا يتو^(٥) .

قال مالك : وإن قال لزوجه : أنت طالق ألبنة ، فهي ثلاث ، فإن قال : أردت واحدة ، لم يقبل منه قبل البناء ولا بعده ، ويؤخذ الناس بما لفظت به ألسنتهم من أمر الطلاق ، قال ابن القاسم : ولا يدين فيه^(٦) .

(١) انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٢٠/ب .

(٢) انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٢٦٩/٥ ، النوادر والزيادات لـ ٣٢٠/ب .

(٣) انظر : المدونة ٣٩٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٨ .

(٤) "امرأتي" مكانها بياض في أ ، ب .

(٥)، (٦) انظر : المدونة ٣٩٤/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٨ ، ١١٩ .

وقد قال عمر لشريح : من^(١) قال : ألبنة ، فقد رمى الغرض الأقصى^(٢) .
وقد قال عمر بن عبد العزيز : لو كان الطلاق ألفاً ما أبقت ألبنة منه شيئاً^(٣) .
قال الشيخ : وقيل : يُنَوَّى قبل البناء ، ووجهه : أن بنات العصمة قبل البناء يحصل بالواحدة ، فوجب أن يقبل منه ، ولأن ألبنة كناية عن زوال العصمة كالخليّة والبريّة .

ووجه قول من قال : لا يقبل منه : أن ألبنة كناية عن الثلاث ، فوجب أن لا تقبل فيها النية كما لو نطق بالثلاث ، ولأن ألبنة لا تتبع بعض ، فقوله : أردت بها واحدة ، كقوله : أردت بعض ألبنة ، أو أردت بعض طلبة ، أنه يلزمه جميعها .

[فصل ٣ — فيمن قال : أنت علي كالميتة أو نحوها أو حبلك على غاربك]

ومن المدونة : قال مالك : ومن قل لزوجه : أنت علي كالميتة ، أو كالدم ، أو كاللحم الخنزير ، فهي ثلاث وإن لم ينو به الطلاق .
وإن قال : حبلك على غاربك ، فهي ثلاث ولا ينو ، لأن هذا لا يقوله أحد وقد أبقي من الطلاق شيئاً^(٤) .
قال ابن المواز : وهذا بعد البناء ، وأما إن قال قبل البناء : أردت واحدة ، فله نيته ويحلف ، وإن لم تكن له نية قبل البناء فهي ثلاث .

(١) "من" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٤٠٣/٢ .

(٣) وقال : من قال : ألبنة ، فقد رمى الغاية القصوى .

أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في ألبنة ٤٣٣/٢ رقم (٣) .

(٤) انظر : المدونة ٣٩٥/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .

وقد ذكر مالك في المدونة والموطأ أنه بلغه عن عمر أنه نَوَّاه^(١) .
قال مالك في كتاب ابن المواز : ولو ثبت عندي أن عمر قاله ماخالفناه .
قال غيره : ولم يبين في حديث عمر دخل أو لم يدخل^(٢) .
قال الشيخ : فيحتمل إن صح أنه في التي لم يدخل بها .

[فصل ٤ — في الطلاق بلفظ الخلية والبرية والبائنة والهبة ونحوها]

ومن المدونة : وإن قال لها : أنت حبيبة ، أو برية ، أو بائنة ، ثم قال : مِنِّي ،
أو أنا منك ، أو لم يقل ، أو وهبتك ، أو رددتك إلى أهلِكَ .
قال عبد العزيز^(٣) : أو إلى أبيك - فذلك في المدخول بها ثلاث ولا يُنَوَّى في
دونها ، قَبْلَ الموهوبة أهلها ، أو رَدَّوها ، وله نيته في ذلك كله إن لم يدخل بها في
واحدة فأكثر منها ، فإن لم تكن له نية فذلك ثلاث فيهن .
قال يحيى بن سعيد وأبو الزناد وربيعة وابن شهاب وزيد بن أسلم^(٤) في
الموهوبة : إنها ثلاث ، وقاله مالك^(٥) .

(١) فقد قال عمر رضي الله عنه للرجل الذي قال لامرأته : حبك على غاريك : أسألك برَبِّ هذه
البينة - أي النكبة - ما أردت بقولك : حبك على غاريك؟ فقال له الرجل : لو استحلقتني في
غير هذا المكان ما مسقتك ، أردت بذلك الفراق ، فقال عمر بن الخطاب : هو ما أردت .
أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلية والبرية وأشبه ذلك ٤٣٤/٢ رقم (٥) -
وانظر : للمدونة ٣٩٥/٢ .

(٢) انظر ، النوادر والزيادات ل ٣١٩/١ .

(٣) أي ابن أبي سلمة .

(٤) "ابن شهاب وزيد بن أسلم" ليست في ز .

(٥) انظر : للمدونة ٣٩٥/٢، ٣٩٦، ٤٠٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .

قال ابن المواز : قال ابن القاسم في القتل : وهبت لك طلاقك : إنها البتة ، ولا ينفعه إن قال : نويت واحدة ، وكذلك إن قال : وهبت لك نفسك ، أو فراقك ، ولا ينظر إلى المرأة قبلت أو لم تقبل ، إلا عند خلع فيقبل منه ، وكذلك في العتية .
قال^(١) : ولا ينظر إلى قبولها إلا أن يقول : إن أعطيتني كذا وهبت لك طلاقك ، أو فراقك ، فلا شيء عليه حتى تقبل هي وتنفعه النية أنه أراد واحدة وإلا لزمته الثلاث^(٢)^(٣) .

ومن المدونة : قال ربيعة^(٤) في الخلية والبرية / والبائنة : إنها ثلاث في [١٧٩/ المدحول بها ، وإن لم يدخل بها فهي واحدة^(٥) .

قال ابن القاسم : وأما قوله : أنا منك بات ، أو أنت مني باتة ، فلا ينوي قبل البناء ولا بعده أنه^(٦) أراد واحدة ، وتلزمه الثلاث ، وإن قال : برئت مني ، أو بنت مني ، أو أنت حية وقال : لم أرد بذلك الطلاق ، فإن تقدم كلام^(٧) يكون هذا جوابه ، يدل على أنه لم يرد به الطلاق صدق ، وإلا فقد بانت منه إذا كان كلاماً مبتدئاً ، وإن قال : أردت به الظهار ، لم يصدق - وقد تقدم هذا^(٨) -

وإن قال لها : أنا خلتي ، أو بريء ، أو بائن ، أو بات ، قال : منك ، أو لم يقل ، أو قال : أنت خلية ، أو بريئة ، أو بائنة ، قال : مني ، أو لم يقل ، إلا أنه قال في هذا كله : لم يرد به^(٩) الطلاق ، فإن تقدم كلام من غير الطلاق يكون هذا جوابه فلا شيء عليه ويدين ، وإلا لزمه ذلك ، ولا تنفعه نيته .

(١) أي أصبغ كما في النوادر .

(٢) "الثلاث" ليست في ز .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل ٣١٩/ ب ، ٣٢٠/ أ .

(٤) في أ ، ب زيادة "وابن شهاب" .

(٥) انظر : المدونة ٤٠٢/٢ .

(٦) في أ ، ب "وإن" .

(٧) "كلام" ليست في أ ، ب .

(٨) انظر ص ٨٣١ ، ٨٣٢ .

(٩) "به" ليست في ز .

وإن قال لها بعد البناء : أنت طالق واحدة بائة ، فهي ثلاث ، وكذلك إن قال لها : الحقي بأهلك ، أو استتري ، أو ادخلي ، أو اخرجي ، أو تقنعي ، يريد بقوله ذلك واحدة بائة فهي ثلاث .

وإن قال : أنت طالق طقة^(١) لارجعة لي عليك فيها ، فهي واحدة^(٢) ، وله الرجعة ولا يضره ما قال ، أونوى ، إلا أن ينوي بقوله : لارجعة لي عليك فيها ، الثلاث ، فيكون كذلك^(٣) .

قال محمد بن عبد الحكم : وإن قال : أنت طالق ولا رجعة لي عليك ، فله الرجعة ، وإن قال : لارجعة لي عليك^(٤) ، فهي البتات^(٥) .

قال الشيخ : كقوله : أنت طالق واحدة بائة .

قال الشيخ : قال أبو القاسم ابن الكاتب : مسألة ابن عبد الحكم ليست كمسألة الكتاب^(٦) ، لأن مسألة الكتاب قد بين أنه إنما طلقها طقة واحدة ، وفي مسألة ابن عبد الحكم لم يذكر طقة ، وإنما قال : أنت طالق لارجعة لي عليك ، فهي البتات ، وليس كمن قال : أنت طالق طلاق الخلع ، لأن طلاق الخلع إنما هو واحدة بائة . يريد على مذهب ابن القاسم^(٧) . وفي كتاب إرخاء الستور إيعابها .

(١) " طقة " ليست في أ ، ب .

(٢) " فهي واحدة " ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٣٩٦/٢ ، ٣٩٧ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .

(٤) أي بلون الوار .

(٥) قال ابن المواز : كأنه قال : طلاق لارجعة لي عليك فيه ، وإذا أدخل الوار فقد أقر المطلق ولم يجعله طقة لارجعة فيها .

انظر : النوادر والزيادات ل ٣٢١/ب .

(٦) أي التي تقدمت قريباً وهي قوله : وإن قال : أنت طالق طقة لارجعة لي عليك فيها .

(٧) انظر : تهذيب . لطالب ل ٣٥/ب .

ومن المدونة : وإن قالت له : أودُّ لو فرَّجَ الله لي من صُحبتك ، فقال لها : أنت بائنةٌ ، أو خليَّةٌ ، أو بريَّةٌ^(١) ، أو بائنةٌ أو قال لها : أنا منك بائنٌ ، أو خليٌّ ، أو بريٌّ ، أو بائٌ ، ثم قال : لم أَرِدْ به الطلاق ، وإنما أردت بالبائن فُرْجَةً بيننا ، نرْزِمُه الطلاق ولا يَنْوِي كما لو سألتَه الطلاق فقال لها : أنت بائنٌ ، ثم قال : لم أَرِدْ الطلاق ، لم يصدق ، لأنه جوابٌ لسؤالها ، وإن قال : قد خليت سبيلك ، وقد بنى أو لم يبن ، فله نيته في واحدةٍ فأكثر منها ، وإن لم تكن له نيةٌ فهي ثلاث .
قال ابن وهب عن مالك : وقول : قد خليت سبيلك ، كقوله : قد فارقتك^(٢) .

قال ابن المواز : وروي عن مالك في قوله^(٣) : قد خليت سبيلك ، وفي قد فارقتك : إنها واحدةٌ حتى ينوي أكثر منها ، بنى بها أو لم يبن ، وهو أصحُّ قوله ، وقاله ابن القاسم وابن وهب وأشهب .

قال أبو محمد : وقاله ابن عبد الحكم .
وقال أشهب في^(٤) "قد خليت سبيلك" : إنها ثلاثٌ ، ولأنوَّيه إلا أن يكون لم يدخل بها ، "وسرحتك" واحدةٌ حتى يريد أكثر^(٥) .

قال ابن المواز : "سرحتك" مثل "خليتك" إن قال فيهما : لم أَرِدْ طلاقاً ، فذلك له ، ويخلف إلا أن يكون جواباً لسؤالها في الطلاق^(٦) .

-
- (١) "أو بريَّة" ليست في أ ، ب .
 - (٢) انظر : المدونة ٣٩٦/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .
 - (٣) "قوله" ليست في أ ، ب .
 - (٤) "في" ليست في أ ، ب .
 - (٥) انظر : التواضع والزيادات ل ٣١٩/ب .
 - (٦) أي فلا يقبر معه ويكون كمرید الطلاق فإن نوى واحدة حلف وصدق وإن لم يكن له نية أو لم يخلف فهي ثلاث . المصدر نفسه ل ٣١٩/ب .

فصل [٥] — فيمن قال لزوجه : اعتدي أو كرر الطلاق

وكن ماقرب من ألفاظ طلاق فهو طلاق ، وكذلك من أورد بغير / ألفاظ [١٧٩] ب / لطلاق طلاقاً فهو طلاق^(١) كما جعل الله لرمز وهو الإيماء كالكلام بقوله عز وجل : ﴿أَلَا تَكَلَّمُ النَّاسُ ثَلَاثَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَوْا﴾^(٢) ، وكما كان مافعه المتلاعنان من تلاعنهما وتفرقتهما طلاقاً وإن لم يفظ به ، وكذلك روي في المختلة لما ردّت عليه الحديقة فأخذها كان ذلك طلاقاً^(٣) .

قال ابن القاسم : ومن قال لزوجه : اعتدي اعتدي اعتدي ، ولم تكن له بية فهي ثلاث عند مالك .

قال مالك : وهذا مثل : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، نسقاً فهي ثلاث إلا أن ينوي واحدة ، بنى بها أو لم ين ، وإن قال لها : أنت طالق ، اعتدي ، فهي طلقتان ، إلا أن ينوي إعلامها أن عليها العدة فتلزمه واحدة^(٤) .

قال ابن حبيب : وروي عن الحسن فيمن قال لزوجه : أنت طالق فاعتدي ، فهي واحدة ، وإن قال : أنت طالق واعتدي ، فهي طلقتان ولا ينوي^(٥) .

وقال ابن القاسم في المجموعة : وإن قال لها : أنت طالق واعتدي ، فهي طلقتان ولا ينوي ، وإن قال : أنت طالق اعتدي ، أو أنت طالق فاعتدي ، لزمته طلقتان إلا أن ينوي واحدة^(٦) .

(١) "فهو طلاق" ليست في أ ، ب .

(٢) سورة آل عمران : آية ٤١ .

(٣) يشير إلى حديث ثابت بن قيس ، وقد سبق تخريجه ص ٤٦٨ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٩٨ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .

(٥) أخرجه سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب من قال لامرأته : اعتدي ٢٩٥/١ رقم

(١٢٣٦) .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل ٣١٣ ب .

قال الشيخ : وما تقدم للحسن من قوله : أنت طالق فاعتدي ، أنها واحدة ، فصواب^(١) .

وإن قال كلاماً مبتدئاً : اعتدي ، لزمه الطلاق ، وسئل عن نيته كم نوى أو واحدة أو أكثر ، فإن لم تكن له نية فهي واحدة ، وإن لم يرد به الطلاق وكان جواباً لكلام قبّه كدراهم تعدّها ونحوه فلا شيء عليه .
وإن قال لها : أنت طالق ، ونوى اثنتين أو ثلاثاً فهو مانوى ، وإن لم ينو شيئاً فهي واحدة^(٢) .

قال الشيخ : لأن قوله : أنت طالق ، كلامٌ مُحْتَمِلٌ لِلوَاحِدَةِ وَالثَّلَاثِ ، واللفظ المحتمل يُرْجَعُ فِيهِ إِلَى نِيَةِ قَائِلِهِ ، فإن لم تكن له نية فاحمله على أول أسماء الطلاق ، وذلك طليقة .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق الطلاق كله ، فهو ثلاث^(٣) .

فصل [٦ - فيمن أراد أن يحلف فصمت بعد ذكر الطلاق]

وإن أراد أن يطلق ثلاثاً أو يحلف بها فقال : أنت طالق ، ثم سكّت عن ذكر الثلاث ، أو تمادى^(٤) في يحبه إن كان حلفاً فهي واحدة إلا أن ينوي بلفظة "طالق"

(١) وقد صوبه عبد الحق أيضاً .

انظر : تهذيب الطالب ل ٣٦/أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٩٨، ٣٩٧ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٠١ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .

(٤) في أ ، ب "تمادى" .

الثلاث فيكون ثلاثاً ، ولو أخذ ليحلف على شيء فلما قال : أنت طالق ثلاثاً ، بدا له فصمت فلا شيء عليه^(١) .

فصل [٧ - فيمن تلفظ بالطلاق ونوى غير ما تلفظ به]

وإن قال : حكيمة طالق ، وله جارية وزوجة تسميان حكيمة فقال : نويت الجارية ، فإن كان عليه بينة لم يقبل منه وتطلق الزوجة ، وإن لم يكن عليه بينة^(٢) فله ذلك في الفتيا .

قال مالك : ولو حلف للسلطان بطلاق امرأته طائعا في أمر كذب فيه وقال : نويت امرأتي الميتة ، فلا ينوى في القضاء ولا في الفتيا ، لأنه قال : امرأتي ، وتطلق امرأته .

وإن قال لزوجته : أنت طالق ألبتة ، ثم قال : والله ما أردت بقولي : ألبتة ، طلاقها وإنما أردت واحدة فزل لساني فلفظت بالبتة ، فهي ثلاث . قال مالك : واجتمع رأيي فيها ورأي غيري من فقهاء المدينة أنها ثلاث ألبتة^(٣) .

قال سحنون : والذي قال : ألبتة ، قد كانت عليه بينة ، فلذلك لم ينوه مالك^(٤) .

وقال عن ابن القاسم في غير المدونة : إنها ألبتة ، ولا ينوى في قضاء ولا فتيا .

(١) انظر : المدونة ٤٠١/٢ ، تهذيب المسونة ص ١١٩ .

(٢) "وتطلق الزوجة ، وإن لم يكن عليه بينة" ليست في ز .

(٣) "ألبتة" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٤٠٠، ٣٩٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .

قال : وقال ابن نافع^(١) إنه يُدَيَّن فيم بينه وبين الله ، وكل هذه الأقوال عن مالك^(٢) .

[فصل ٨ — فيمن قال لزوجته : أنت طالق وقال : نويت من وثاق]

ومن المدونة : قلت لابن اقسام : فمن قال لامرأته : أنت طالق ، وقال : نويت من وثاق ، ولم أرد به الطلاق ولاينة عليه وجاء مستفتياً ؟ قال : أرى الطلاق يلزمه ، وقد قال مالك فيمن قال لامرأته كلاماً مبتدئاً : أنت برية ، / ولم ينو به الطلاق ، فهي طالق ولا ينفعه ما أراد من ذلك بقلبه ، [١٨٠/١] وكذلك مسألتك ، وقد قال مالك : يؤخذ الناس في الطلاق بألفاظهم ولا تنفعهم نياتهم في ذلك إلا أن يكون جواباً لكلام كان قبله فلاشي عليه^(٣) . قال الشيخ : وقال مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم^(٤) : إذا كانت في وثاق فقال : أنت طالق ، يعني من الوثاق ديتته ونويته^(٥) . ولا يخالف ابن اقسام ذلك إذا سئل في تركها فقال لها : أنت طالق ، وقال : أردت من الوثاق ، لأنه بساط جوابه ، وأما لو كانت في وثاق فقال لها كلاماً مبتدئاً : أنت طالق ، ثم قال : أردت من الوثاق ، فهذا يحتمل أن لا ينويه ابن اقسام ، ويخالف مطرفاً في ذلك^(٦) .

(١) في أ ، ب زيادة "وعلي عن مالك" .

(٢) انظر : تهذيب الطائيب ل ٣٥/ب .

(٣) انظر : للمدونة ٤٠٠/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .

(٤) "وابن نافع وابن عبد الحكم" ليست في ز .

(٥)، (٦) انظر : تهذيب الطائيب ل ٣٥/ب .

ومن المدونة : قال ابن القسم : ومن خطب إلى رجل ابنته فقال له : هي
أختك من الرضاع ، ثم قال لها بعد ذلك : والله ما كنت إلا كاذباً ، فقال مالك :
لا يتزوجها^(١) .

فصل [٩ — فيمن خاطب زوجته بما ليس من ألفاظ الطلاق]

وإن قال لزوجته : الحقني بأهلك ، ولم ينو طلاقاً فلاشي عليه ، وإن نوى
طلاقاً فهو مانوى من واحدة فأكثر .
وكذلك إن قال لها : يا فلانة ، أو أنت حرة ، أو اخرجي ، أو ادخلي^(٢) ،
أو تقنعي ، أو أخزأك الله ، أو كُلي ، أو اشربي ، أو كلاماً ليس من ألفاظ الطلاق
فلاشي عليه إلا أن ينوي بذلك الطلاق ، فيلزمه مانوى من واحدة فأكثر^(٣) .
قال عبد الوهاب : وقيل : لا يكون طلاقاً وإن نوى به الطلاق .
فوجه الأول : أنه لفظ قصد به الطلاق ، وأمر الطلاق مبني على الاحتياط
والتغليظ ، فوجب أن يلزمه كما لو هزل بالطلاق فإنه يلزمه .
وجه القول أنه لا يلزمه : الاتفاق أنه لو ضربها ، أو لمسها بيده وقال :
أردت الطلاق ، أنه لا يكون طلاقاً ، لأن ذلك ليس بصريح طلاق ولا كناية عنه ،
فكذلك هذا^(٤) .

(١) انظر : المدونة ٣٩٩/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .

(٢) "أو ادخلي" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٣٩٩، ٣٩٨/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .

(٤) انظر : المعونة ٨٥١/٢ .

[فصل ١٠ - في الطلاق بالقلب]

وأما الطلاق بالقلب بغير نطقٍ فهو ياتان ، فوجه إيقاعه : أن اعتقاد القلب لما كان لا بد منه ، وكان حفظ النطق إقحام الغير وتعير ما في النفس جرى مجرى الخط والرمز وغير ذلك مما وُضع^(١) للإخبار^(٢) عما في نفس القائل ، ولأنه نوعٌ تحرم به الزوجة فجاز أن يقع بالاعتقاد وإن عرى من النطق أصله الكفر^(٣) .

ووجه نفيه : قوله صلى الله عليه وسلم : "إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تنطق به أو تعمل به"^(٤) ، ولأنه أحد طرفي العقد فكان نطقاً كالنكاح ، ولأنه معنى^(٥) يتعلق به تحريم الوطء ، فلم يقع باعتقاد كالبيع^(٦) .

وقال أبو جعفر^(٧) الأبهري^(٨) محتجاً أن الطلاق يقع بالقلب فقال : إن حقيقة الكلام في القلب ، واللسان هو المعبر عنه^(٩) والترجمان له ، قال الشاعر :

يُنْكَحُ الْكَلَامَ لَفِي الْفَوَادِ وَإِنَّمَا
جَعَلَ الْلِسَانَ عَلَى الْفَوَادِ دَلِيلًا^(١٠)

(١) في أ ، ب زيادة "جرى مجرى" .

(٢) في أ ، ب "الأخبار" .

(٣) "أصله الكفر" مكانها يابض في أ ، ب .

(٤) أخرجه ليخاري ، في العنق وفضله ، باب الخطأ والنسيان في العنقة والطلاق ونحوه ١١٩/٣ ، ومسلم ، كتاب الإيمان ، باب تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب إذ لم تستقر ١١٦/١ رقم (٢٠٢، ٢٠١) .

(٥) "ولأنه معنى" مكانها يابض في أ ، ب .

(٦) انظر : المعونة ٨٥١/٢ ، ٨٥٢ .

(٧) "أبو جعفر" يابض في أ ، ب .

(٨) هو أبو جعفر محمد بن عبد الله الأبهري ، ويعرف بالأبهري الصغير وبابن الخصاص ، إمام عالم بالفتى وأصوله ، تفقه بأبي بكر الأبهري ، له كتاب كبير في مسائل الخلاف ، وكتاب تعليق المختصر الكبير ، وكتاب في الرد على ابن عُلَيْه فيما أنكره على مالك ، توفي سنة ٥٣٦٥ هـ .

نظر : ترتيب المدارك ٦٠٣/٢ ، شجرة البور ص ٩١ .

(٩) ساقط من ز .

(١٠) هذا البيت ينسب إلى الأخطل ، ولم أعثر عليه في ديوانه .

وهو موجود في بعض كتب عقيدة عند مسألة صفة الكلام لله تعالى ، إذ يستدل به الكلامية على أن كلام الله معنى واحد قائم بذات الله ، تعالى الله عما يقولون علواً كبيراً ، قال شارح-

قال : وكما تكون الردة بالقلب وإن لم يلفظ بذلك ، ويكون كافراً ، فكذلك هذا^(١) .

وذكر عن ابن الكاتب أنه قال : الردة لا تشبه هذا ، لأن الإيمان من أعمال القلب ، فإذا اعتقد الكفر الذي هو ضده كان كافراً ، والطلاق ليس من أعمال القلب ، قال الله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فِإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾^(٢) ، وسميع لا يكون إلا لسنطق ، فقد بين أن الطلاق لا يلزم إلا باللفظ لا بالاعتقاد^(٣) .

فصل ١١ - فيما لا يقع به الطلاق من الألفاظ إلا بالنية

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأما إن^(٤) أراد أن يلفظ بأحرف الطلاق فلفظ بما ليس من ألفاظه غلطاً فلا شيء عليه حتى ينوي أنها بما يلفظ به طالق ، / ١٨٠١ ب
فيلزمه ما ذكرنا ، ولو أحابت الزوجة بغير ألفاظ الطلاق عندما ملكها لم يقبل منها أنها أرادت بذلك الطلاق ، لأنها مدعية ، وكذلك تمليك العتق ، والزواج إذا نوى بغير ألفاظ الطلاق طلاقاً مقراً على نفسه ، فيؤخذ بذلك الإقرار .

قال مالك : وإن قال لها : يا أمه ، أو يا أختي ، أو يا عمه ، أو يا خاله ، فلا شيء عليه ، وذلك من كلام السفه ، وإن قال لها : لست لي بامرأة ، أو ماأنت لي بامرأة أو لم أتزوجك ، أو قال له رجل : ألك زوجة؟ فقال : لا ، فلا شيء عليه في ذلك إلا أن ينوي بذلك الطلاق ، وإن قال لها : لا ملك لي عليك ، أو لا مسبيل لي عليك

= العقيدة الطحاوية : وأما من قال : إنه معنى واحد ، واستدل عليه بقول الأخطل - وذكر البيت - فاستدلال فاسد . ثم قال : فكيف وهذا البيت قد قيل : إنه موضوع منسوب إلى الأخطل ، وليس هو في ديوانه ، وقيل : إنما قال : إن البيان لفي القود ، وهذا أقرب إلى الصحة .

انظر : شرح العقيدة الطحاوية ، تأليف : محمد بن علاء الدين علي بن محمد بن أبي العز الحنفي ، حققها وراجعتها : جماعة من العلماء (بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثامنة ، ١٤٠٤ هـ) ص ١٨٤ .

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٥ ب .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٢٧ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٣٥ ب .

(٤) "إن" ليست في أ .

ولانكاح بيني وبينك ، فلاشي عليه إذا كان هذا الكلام عتاباً^(١) إلا أن ينوي بقوله هذا الطلاق^(٢) .

قال أبو محمد : ظاهر كلامه يدل أنه لو^(٣) لم تكن له نية ، أو لم يكن الكلام عتاباً أنه يلزمه الطلاق ، وقوله : إلا أن ينوي به الطلاق ، يريد وإن كان عتاباً ونوى بهذه الألفاظ الطلاق أنه يلزمه .

قال^(٤) في كتاب العتق الأول : ومن قال لعبده : لاسبيل لي عليك ، أو لاملك لي عليك^(٥) ، فإن تقدمه كلامٌ قبل هذا^(٦) يدل على^(٧) أنه لم يرد به^(٨) الحرية صدق السيد ، وإن كان كلاماً مبتدئاً عتق عليه العبد^(٩) .

قال ابن القُرطبي^(١٠) والآياني : ومن قال : لاعصمة لي عليك ، فهي ثلاثٌ إلا أن يكون معها فداء فتكون واحدةً بائنة^(١١) .

قال أبو محمد : وذلك صوابٌ كما قلنا إذا قال لزوجته : لاملك لي عليك ، ولم يكن الكلام عتاباً ، وكما يكون ذلك في العبد حرية^(١٢) .

(١) "عتاباً" مكانها بياض في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٣٩٨/٢ ، ٣٩٩ ، تهذيب السونة ص ١١٩ .

(٣) "لو" ليست في أ ، ب .

(٤) أي ابن القاسم .

(٥) "أو لاملك لي عليك" ليست في ز .

(٦) "قبل هذا" ليست في ز .

(٧) "على" ليست في ز .

(٨) "به" ليست في أ ، ب .

(٩) انظر : المدونة ١٧١/٣ .

(١٠) هو ابن شعبان ، وقد سبقت ترجمته ص ٤٦١ .

(١١) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٥/ب .

(١٢) أي إذا قال له : لاملك لي عليك . انظر : المصدر نفسه ل ٣٥/ب .

ومن الواضحة : قال مطرف وابن الماجشون وابن نافع وابن عبد الحكم^(١) وابن القاسم : ومن قال لامراته : اجمعي عليك ثيابك ، أو لاحاجة بي إليك ، أو لانكاح بيني وبينك ، أو لاسبيل لي إليك ، أو اذهبي لأهلك ، أو لاتحلين لي ، أو احتالي لنفسك ، أو أنت سائبة ، أو مني عتيقة ، أو ليس بيني وبينك حلال ولا حرام ، أو يامطلقة ، أو اعترلي ، أو تأخري عني ، أو انتقي عني ، فذلك كله - سواء بنى بها أو لم ين - لاشي عليه إلا أن ينوي طلاقاً ، فيكون منوى^(٢) .

ومن المدونة : قال ابن شهاب : وإن قال لها : أنت سائبة ، أو مني عتيقة ، أو ليس بيني وبينك حلال ولا حرام ، فيحلف بالله الذي لا إله إلا هو^(٣) ما أراد بذلك^(٤) طلاقاً ولا شي عيه ، فإن نكل وزعم أنه أراد به الطلاق كان ما أراد من الطلاق ، ويحلف على ذلك ، وينكّل من قال مثل هذا بعقوبة موجعة ، لأنه لبس على نفسه وعلى حكام المسلمين .

وذكر^(٥) القاسم بن محمد أن عبداً كانت تحتها حرة ، فكتم فيها أهلها^(٦) ، فقال : شأنكم بها ، قال القاسم : فرأى الدس ذلك طلاقاً^(٧) . وقال في الموطأ : فرأى الناس ذلك تطليقة^(٨) .

(١) "ابن نافع وابن عبد الحكم" ليست في ز .

(٢) النوادر والزيادات ل ٣٢٣/١ .

(٣) "بالله الذي لا إله إلا هو" ليست في ز .

(٤) "بذلك" ليست في أ ، ب .

(٥) "وذكر" مكانها بياض في أ ، ب .

(٦) "أهلها" مكانها بياض في أ ، ب .

(٧) انظر : المدونة ٤٠٢/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .

(٨) انظر : الموطأ ٤٣٤/٢ .

قال مالك في كتاب محمد : وليس العمل على هذا ، ولا أدري أي مناس رأى في هذا أنها تطليقة واحدة ، وأنا أرى أنه إن كان لم يدخل بها فهي واحدة ، إلا أن ينوي أكثر ، وإن كان بعد البناء فهي ثلاث ولا ينوي^(١) .

وفي مختصر ابن عبد الحكم الكبير : إنه إذا قل في المدخول بها : نويت بها واحدة ، فذلك له^(٢) .

ومن المدونة : قال ربيعة^(٣) : وإن قال لامرأته : لاسبيل لي عليك ، دُيِّنَ ، وكذلك إن قال : لاحتمين لي ، فإنه يُدَيِّنُ ، لأنه إن شاء قال : أردت الظهار أو اليمين^(٤) .

قال ابن المراز : ويخلف^(٥) .

ومن المدونة : قال عطاء بن أبي رباح : / ومن قال : والله مالي امرأة ، فهي [١٨١/١] كذبة ، وقاله عمر وابن عمر .

قال ابن شهاب وربيعة^(٦) : وإن قال لها : أنت السراح ، فهي واحدة إلا أن ينوي بذلك الطلاق^(٧) ، وروي عن الأوزاعي^(٨) .
وقال جماعة من الصحابة^(٩) في الخلية والبرية والبائنة : إنها ثلاث^(١٠) .

(١)، (٢) انظر : النوار والزيادات لـ ٣٢٠/أ .

(٣) في أ ، ب زيادة "وزيد بن أسلم" .

(٤) انظر : المدونة ٤٠٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .

(٥) انظر : النوار والزيادات لـ ٣٢٢/ب .

(٦) "وربيعة" ليست في ز .

(٧) انظر : المدونة ٤٠٣/٢ ، تهذيب المدونة ص ١١٩ .

(٨) "وروي عن الأوزاعي" ليست في ز .

(٩) كعلي بن أبي طالب وابن عمر ، وقد سبق تخريج ذلك ص ٨٥٠ .

(١٠) انظر : المدونة ٤٠٢/٢ .

وقد ذكرنا ذلك^(١) قبل هذا^(٢) .

تمّ كتاب التخيير والتعليك بحمد الله تعالى وحسن عونه وتوفيقه .
يتلوه كتاب الإيلاء ، والحمد لله وحده ، وصلى الله على سيدنا ومولانا
محمد المصطفى الكريم وعلى آله وصحبه وعترته الطاهرين الطيبين وسلم كثيراً
أثيراً^(٣) .

(١) في ز زيادة "في الباب الذي" لأن فيها جعل هذا الباب بابان ، وقد أشرت إلى ذلك أول الباب .

(٢) انظر ص ٨٥٠ .

(٣) هكذا في أ ، ب ، وفي ز "كامل" السفر الرابع بحمد الله وحسن عونه وصلى الله على سيدنا
محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً .

يتلوه في السفر الخامس كتاب الإيمان بالطلاق " .

[الكتاب الحادي عشر] كتاب الإيلاء^(١)

[الباب الأول]

في الإيلاء ، وما يكون به من الأيمان مولياً

[فصل ١ — في معنى الإيلاء وحكمه]

قال الله تعالى : ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾^(٢) ، والإيلاء هو الامتناع من فعل الشيء يمين ، يقال : تألَّى فلانٌ ألا يفعل كذا ، إذا حلف ألا يفعله ، ومنه قوله تعالى : ﴿وَلَا يَأْتَلُوا أَوْلُوا الْفَضْلَ مِنْكُمْ وَالسَّعَةَ﴾^(٣) أي : لا يمتنع . وقيل : إن الإيلاء هو اليمين ، ويدل عليه قول النابغة :
فَأَلَيْتَ لَا آتِيكَ إِنْ كُنْتُ مُجْرِمًا وَلَا آتِيَنِي جَارًا سِوَاكَ مُجَاوِرًا^(٤) ^(٥)

(١) الإيلاء لغة قد ذكره المؤلف .

ونظر له : معجم مقاييس اللغة ، مادة (آلوى) .

وشرعاً : حلف زوج على ترك وطء زوجته بوجوب خيارها في طلاقه .

شرح حدود ابن عرفة ٢٩١/١ ، وسيذكر المؤلف قريباً تعريف القاضي عبد الوهاب .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٢٦ .

(٣) سورة النور : آية ٢٢ .

(٤) وهو من قصيدة يمسح فيها النعمان بن المنذر .

انظر : ديوان النابغة الذبياني ، تحقيق : محمد مفيد قمبيحة (جدة : دار المطبوعات الحديثة ، ط :

بدون ، تاريخ : بدون) ص ٦٣ .

قال المحقق : آليت : أقسمت ، والمعنى أنه أقسم أن لا يأتيه حتى يظهر براءته لديه .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ١/٣٦ .

قال القاضي عبد الوهاب : والإيلاء الشرعي : هو الحلف بيمين يلزم بالحنث فيها حكمٌ على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر . كالحلف بالله ، أو بصفاته أو بالصدقة ، أو بالعق ، أو بالمشي ، أو بالطلاق من غير المولى منها ، وأما إن ترك الوطء غير مضارٍ يمينٍ لا يلزم بها حكم ، كاليمين بالكعبة ، أو بالنبي^(١) ، فليس بإيلاء .

ولا خلاف أن اليمين بالله وبصفات ذاته [هو] الذي^(٢) يتعق به الإيلاء ، وأما الحلف بغيره فيلزم عندنا^(٣) ، خلافاً للشافعي في أنه لا يلزمه^(٤) .
دليلنا : قوله تعالى : ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾^(٥) فعم ، ولأنها يمينٌ يلزمه بالحنث فيها حكمٌ كاليمين بالله^(٦) .

[فصل ٢ — في أجل الإيلاء والحكم بعد انقضائه]

ومن المدونة : قال مالك : إذا حلف حرٌ ألا يوطأ امرأته أربعة أشهر ، أو العبد شهرين فليس بمولىين^(٧) .

(١) في أ ، ب "بالمشي" ، وهو تحريف .

(٢) في ز "أنه" .

(٣) انظر : الرسالة ص ٢٠٤ ، الكافي ٥٩٨/٢ .

(٤) وهو قوله القديم . انظر : الأم ٣٨٢/٥ ، ٣٨٣ .

أما على قوله الجديد : فإنه يلزمه ، وهو الصحيح .

انظر : التنبيه ص ١٨٢ ، الوجيز ٧٣/٢ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٦ .

(٦) انظر : المعونة ٨٨٢/٢ ، ٨٨٣ .

(٧) انظر : المدونة ١٠٤/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٤ .

قال القاضي عبد الوهب : وإنما قال : أجل العبد شهران خلافاً لأبي حنيفة والشافعي^(١) ، لأنه معنى يتعلق به حكم بينونة ، فوجب نقصانه فيه عن الحر ، أصله^(٢) الطلاق^(٣) .

قال الشيخ : قيل لأبي عمران رحمه الله : فإن حلف ألا يطأ أربعة أشهر ويوماً؟

قال : هو مول ، فإن انقضت الأربعة أشهر قيل له : طأ ، فإن قال : لا ، طنقت عليه ، وإن قال : أطأ ، ولكنه اعتذر في ذلك اليوم ، تلوّم له ، فإذا مضى ذلك اليوم زال عنه الإيلاء لزوال يمينه^(٤) .

ابن المواز : قال مالك في المولي نفس الإيلاء وهو الحالف فيه^(٥) ألا يطأ : فالأجل فيه من يوم حلف ، ضربه الإمام أو لم يضربه ، فإن ضربه الإمام فلم ترفعه ثانية بعد الأجل ليوقف ، فلا تطلق عليه حتى توقفه ثانية ، وليس هو من ذلك في حلٍّ إلا^(٦) أن تطرح ذلك عنه ، وتقول : لا حاجة لي بإيقافه ، فهو حق تركه ، إلا أن لها أن ترجع متى شاءت^(٧) ، فيوقف لها مكانه بغير^(٨) أجل ليفني أو يطلق .

(١) فعندهما أجله أربعة أشهر كأجل الحر .

انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٠٧ ، مختصر القندوري مع شرحه الباب ٦٢/٣ .

الأم ٣٨٩/٥ ، مختصر المزني مع الأم ٢١٣/٩ .

(٢) "أصله" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المعونة ٨٨٤/٢ .

(٤) انظر : تهذيب الطلب ل ٣٦/ب .

(٥) "فيه" ليست في ز .

(٦) في أ ، ز "الإيلاء" ، وفي ب زيادة "الإيلاء" .

(٧) في ز "مات" ، وهو تحريف .

(٨) في ز "بعد" .

وقال أشهب عن مالك : وإن طال الزمان .

قال أصبغ : وتحلف ما كان تركها على التأييد ، ولا يرتضي بإسقاط ذلك إلا على أن تنظر وتعاود رأيها ، ثم يوقف مكانه ، فإما فاء^(١) أو طلق عليه في مجلسه / [١/ب] ذلك .

وقاله أشهب عن مالك في العتبية . أنه إذا جاوز لأجل ثم رفعته وقف مكانه فإما فاء أو طلق عليه^(٢) .

قال فيها : وإذا أرادت الأمة ترك زوجها حين آلى منها فلسيدها إيقافه^(٣) ، وقاله ابن القاسم عن مالك^(٤) .

فصل ٣ — فيما يكون به من الأيمان موليا

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن حلف ألا يقتل منها من جنبة ، فهو مؤول ، لأنه لا يقدر على الجماع إلا بكفارة^(٥) .

قال الشيخ : وحكي عن بعض شيوخنا أنه إذ حلف ليعزلن عن زوجته فليس بمول ، لأن الوطء موجود منه وإن كان يعزل

وعاب ذلك بعض أصحابها وقال : لأن الإنزال من حقوق الزوجة ، إذ لا يجوز أن يعزل عنها إلا بإذنها^(٦)^(٧) .

(١) "فإما فاء" مكانها يرض في أ ، ب .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٦١/٦ .

(٣) حتى يفي أو يصدق ، قال ابن رشد : لأن للسيد حقاً في سوء من أجل أنه يقول : إنما أنكحها لما رغبت من ولدها . البيان والتحصيل ٣٦٥/٦ .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٦٥/٦ ، النوادر والزيادات ل ٣٦٦/١ .

(٥) انظر : المدونة ٨٤/٣ .

(٦) انظر : الموطأ ٤٦٥/٢ ، التفرع ٤٦/٢ .

(٧) انظر : نهذيب الطالب ل ٣٦/ب .

وقد اختلف فيمن حلف ألا يبيت مع امرأته هل تطلق عبه أم لا لأنه يأتيها
نهاراً؟

قال^(١) : فإذا كان اختلف في هذا ففي عزل أول أن تطبق عليه^(٢) .
قال الشيخ : إنما تطلق عسى هذا الذي حلف ألا يبيت مع زوجته لأجل
الضرر عليها بذلك ، فليس هو بمول ولا يضرب له أجل المولي ، لأنه غير ممتنع ،
فإن أن قول الفقيه^(٣) صواب ، والله أعلم .
قال مالك : وإن آى منها بحج ، أو بعمره ، أو بصوم ، أو بطلاق أو بهدي
أو بعنق فهو مول .

وإن قال لها : إن وطئت فعلي نذر أو يمين أو كفارة يمين فهو مول ، وإن
حلف ألا يطأها حتى يقدم فلان ، أو حتى يموت فلان فهو مول .
قال : وإن حلف ألا يطأها حتى يقدم أبوه ، وأبوه بيمين ، أو حلف لغريم
له بالله ألا يطأ امرأته حتى يوفيه حقه فهو مول ، وكل من حلف ألا يطأ امرأته
حتى يفعل كذا فهو مول ، كان ذلك الشيء مما يقدر على فعله أم لا .
قال مالك : وإن قال لها : إن وطئت فأنت طالق ثلاثاً ، فهو مول ، إذ لها
أن تقيم بلاوطه^(٤) .

قال الشيخ : لأنه حالف على ترك وطئها يمين يلزمه بالحنث فيها حكم ،
كما لو حلف بطلاق غيرها ، ويمكن منها فإذا ابتدأ بالإيلاج نزع ، ووقع عليه
الثلاث فلم تحل له إلا بعد زوج .
وروى أكثر الرواة أنه لا يمتكر من الفبي بالوطء ، إذ بقي وطئه حرام^(٥) .

(١) القاتل هو أبو عمران الغساني .

(٢) أي إذا امتنع من الإتران فيها . انظر : المصدر نفسه ل ٣٦/ب .

(٣) وهو أبو عمران .

(٤) انظر : الممونة ٣/٨٤، ٨٥، ٩٦ ، تهذيب المدونة ص ١٢٤ .

(٥) المصدر نفسه ص ١٢٤ .

وروي عنه أيضاً : أن السبطان يطلق عليه^(١) حين ترافعه ، فلا يضرب له أجل المولي ، ولا يمكن من قيئته ، وقاله بن القسم ، رفعته قبل أربعة أشهر أو بعدها . قال سحنون : وهذا أحسن^(٢) .

قال الشيخ : ووجه ذلك : أنه لا يمكنه الفتي إلا بالحنث ، ولا تصل إلى الحلال منه إلا بالحرام ، فوجب أن يمنع من ذلك ، وإذا لم يكن الفتي وجب الفرق ولا معنى لضرب الأجل ، لأن ماله أراد متعذر .

ابن المواز : وروي عن مالك : أن له أن يحنث نفسه بالوطء فتطيق بالبتة . قال ابن القاسم : وله أن يتمادي حتى ينزل ، وحب إلى ألا يفعل ، فإن فعل لم يكن عندي حرجاً .

قال أصبغ : وينزل فيه ، وذلك ما لم يخرج ذكره ثم يعاوده فلا يحل له ذلك . وقد غير ابن القاسم : إذ التقى الحثان قطع ، ورواه بن وهب ، وقوله عبدالمك .

- قال الشيخ : وهو مثل ما بينا أولاً - .

قال ابن المواز : وإذا كانت يحينه بواحدة فهو مول ، وإن وطئ فينبو ببقية مصابه الرجعة ، لأنه يحث بأول الملاقاة ، فإن كان ذلك قبل البناء ضرب له أجل الإيلاء ، وله الفية بالوطء على أن ينوي ببقية وطئه الرجعة ، فإن وطئ على هذا وإلا طلق عليه .

قال مالك والليث : وإن قل : إن لم أصك فأنت طالق ، فهو مولى ، وقوله ابن القاسم . ثم رجع فقال : لا يكون مولى ، لأنه ليس عليه عيم تمنعه الجماع^(٣) . قال ابن المور : قال ابن القسم : وإن قل : إن وطئت فوالله لا أطوك ، فليس بمولى حتى يوطأ ، وكذلك روى عنه عيسى في العتبية^(٤) .

(١) "عليه" ليست في ز .

(٢) المصدر نفسه ص ١٢٤ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٦٧/أ ، ب .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٨٣/٦ ، النوادر والزيادات ل ٣٦٨/أ .

قال الشيخ : وهذا / عندي عن قول ابن القاسم في مسألة الذي حلف [١/٢] بالهبة لا يطيأ أن له أن يحث نفسه بالوطء ويتمدى حتى يُنزل ، لأنه كأنه رآه إنما أراد وطأ تاماً ، فبتمامه يحث .

وأما على قول مالك الذي رأى أنه لا يمكن من الفهي بالوطء ، إذ باقي وطئه حرامٌ ينبغي ألا يكون مولىً بعد تقدم وطئه ، لأنه بأول الملاقاة يكون مولىً ، وببقية وطئه يحث ، وتلزمه الكفارة ويزول عنه لإيلاء .

وكذلك اختلفوا في مسألة الذي حلف بالظهار ألا يطيأ ، فقال ابن القاسم : إن وطئ كان مظاهراً ولم تلزمه كفارة الظهار إلا أن يطيأ ثانية^(١) .

وقال ابن المواز : لا يجوز له أن يطيأ ، لأنه يحث بأول الملاقاة ، ويصير بقية وطئه في امرأته ظاهراً منها^(٢) . يريد فإذا وطئ فقد لزمته الكفارة للظهار ... فهذه المسألة تجري على هذين القولين ، والله أعلم .

وإن قل : والله لأطوئك حتى أعتق ، فهو مولى عند ابن القاسم ، وقال عبدالمالك : ليس بمولى^(٣) .

قال الشيخ : وقول ابن القاسم أصح ، لأنه امتنع من الوطء يمين يلزمه إن حث فيها حكم ، كاليمين بالله تعالى بمجرداً .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لها : إن وطئتك حتى أمس السماء فعني كذا ، فهو مولى ، إذ لها أن تقيم بلاوطء ، فإن قامت عليه قبل أجل الإيلاء لم يوقف حتى يحل الأجل فيوقف ، لأن قيمته بعد الأجل بالوطء ، فلما ماء حث نفسه ، وإلا طلق عليه السلطان .

(١) فإن الكفارة عليه واجبة . انظر : الغنية مع البيان والتحصيل ١٨٨/٥ .

(٢) قبل أن يكفر ، وهذا ما لا يجوز لقوله تعالى ﴿مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتَمَاسَّ﴾ . سورة المجادلة : آية ٣ .

انظر : النودر والزيادات ل ٣٦٧/١ ، البيان والتحصيل ١٨٩/٥ .

(٣) لأن يمينه في غير امرأته . انظر : النودر والزيادات ل ٣٦٧/١ ، ٢/٣٦٨ .

قلت : فإن حلف بالله ألا يلتقي معها سنةً أليكون مولياً؟
قال : قال مالك : كل يمينٍ منعت من الجماع^(١) ولا يقدر صاحبها على
الجماع لمكانها فهو بها^(٢) مول .
قال ابن شهاب : وإن حلف ألا يكتمها ، وهو في ذلك يمسها فهو غير
مول .

قال مالك : وليس في الهجران إيلاء^(٣) .
ومن^(٤) النذور . وإن قال لها ، والله لأصقك ، فليس بمولٍ ، ولا تمتنع من
الوطء ؛ فإن شاء طلق أو كفر ، ولا يجر على ذلك ، ولا يحنث إلا بعد الموت^(٥) .
ومن الإيلاء : وإن حلف بالله ألا يوطأ واستثنى^(٦) ، فرآه مالك مولياً ، وله أن
يوطأ بالكفارة ، وقال غيره : لا يكون مولياً^(٧) .

قال الشيخ : وإنما جعله مالك مولياً لاحتمال أن يريد بالاستثناء حرَّ اليمين
أو يريد بها قوته تعالى : ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا﴾ . إِلَّا أَنْ يَشَاءَ
اللَّهُ^(٨) . فوجب ألا يسقط حق المرأة ، ويؤول الإيلاء بأمرٍ محتمل .
فإن قيل : فهو يقول^(٩) : إذا كفر المولى قبل الحنث سقط عنه الإيلاء .

(١) "منعت من الجماع" ليست في ز .

(٢) "بها" ليست في أ ، ب .

(٣) إلا أن يحلف في المسيس . انظر : المدونة ٨٥/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٤ .

(٤) في "زبدة هو" .

(٥) انظر : المدونة ١١٣/٢ .

(٦) أي قال : إن شاء الله .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٨٦/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٤ .

(٨) سورة الكهف : آية ٢٤ ، ٢٣ .

(٩) أي ابن القاسم .

ويحتمل أن يكون كُفْرٌ^(١) عن يمين سلفت له^(٢) ، فما الفرق؟
 قيل : يحتمل أن يكون الفرق أن الكفارة تسقط ليمين حقيقة ، فقوي عنده
 أن^(٣) الاستثناء لأجل اليمين حقيقة ، للاحتماح الذي قدمناه^(٤) ، والله أعلم^(٥) .
 ومن المدونة : وإن حلف لئلا يطأ بعهد الله ، أو بميثاقه ، أو كعاقبته ، أو ذمته
 أو قدرته ، أو عظمته ، أو جلاله ، فهذه كلها أيمان ، فما حلف به من ذلك فهو به
 مولد نفس الإيلاء ، والأحسن فيه أربعة أشهر من يوم حلف للحر ، وشهران لعبد ،
 كنت زوجة أحدهما حرة أو ممة ، مسممة أو كتابية ، وإما ينظر في الأجل للرجال
 لأن الطلاق على الرجال والعدة على النساء .
 وإن قال لها : أشهد ألا أقربك ، أو أعزم على نفسي ، أو أقسم ، فلا يكون
 بذلك مولياً إلا أن يريد بالله .
 قال مالك : وقوله : أشهد ، ولعمري ، ليسا يمينين .
 وإن قل لها : إن وطئت فهو يهودي أو نصراني أو زاني ، لم يكن مولياً ،
 وليست هذه أيماناً .
 وإن حلف ليغيظنها أو ليسوءنها ، / فترك الرطء أربعة أشهر فيس بمول . [٢/ب]
 وإن قال لها : والله لأطوئك ، مما مضت أربعة أشهر وقفت فقل : أردت ألا
 أطأها بقدمي ، قيل له^(٦) ، فإن وطئت بان صدقك ، وأنت في الكفارة أعلم ، إن
 شئت فكفر إذا وطئت وإن شئت فدع .

(١) "كفر" ليست في أ .

(٢) أي كما قال أشهب .

(٣) في أ ، ب "وأن" .

(٤) وهو أنه يريد بالاستثناء مثل ما في آية كهف

(٥) انظر : النكت والفرق ل ٨٥/ب .

(٦) "له" ليست في أ .

وكذلك إن قال : أردت ألا أطأها في هذه الدار ، قيل له : فأخرجها وجامعها إن كنت صادقاً ، ثم لا كفارة عليك ، ولا يترك من غير أن يجمعها ، فإن بين فقال : والله لأطوك في هذه سنة ، وهو فيه ساكنٌ مع امرأته ، فليس بمولٍ ، ولكن يؤمر بالخروج منها ليجامعها إذا طببت ذلك المرأة ، لأنني أخاف أن يكون مضاراً ، إلا أن تدعه المرأة .

قال سحنون : فأما إن قال : لأطوك حتى أخرج من هذا البلد أو المصر ، فهو مولٍ يضرب له الأجل ، كقوله : حتى أقضي فلاناً حقه .

قال ابن القاسم وغيره : فإن قال لها : والله لأطوك في هذا المصر أو في هذه البلدة ، فهو مول .

قال غيره : وكأنه قال : والله^(١) لأطوك حتى أخرج منها ، فإن كان خروجه يتكلف ، فيه المؤونة والكلفة فهو مول .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : إن وصئتك فكل مملوكٍ أملكه فيما يستقبل حر ، أو قال : كل مملوكٍ أملكه من ذي قبل فهو^(٢) صدقة ، فليس بمولٍ . لأن مالک قال^(٣) : لو حلف بهذا لم يكن عليه أن يتصدق بثلاث ميفيد ، ولو قال : كن مملوكٍ اشتريه فهو حرٌ ، لم يعتق عليه ما يشتري .

قال ابن القاسم : وإن خصَّ بلداً لم يكن مولياً حتى يملك من تلك البدة مالاً أو عبداً ، فيكون مولياً حينئذ .

وقال غيره : هو مولٍ قبل الملك ، إذ يزمه بالوطة عقد يمين فيما يملك من رأسٍ أو مالٍ ، وقامه ابن القاسم أيضاً .

(١) "والله" ليست في أ ، ب .

(٢) "فهو" ليست في ز .

(٣) في أ ، ب "لا إن قال قال" .

وإن قال لها : إن جامعتك فعليّ صوم هذا الشهر ، فليس بمولٍ إلا أنه إن جامعها فيه صام بقيته ، وإن م^(١) يضاها فيه حتى انسخ فلاشي عليه ، كمن حلف بعق عبده إن جامع امرأته ، فباع عبده أو مات ثم جامعها لم يكن موبياً^(٢) .

قال الشيخ : وكذلك إن قال : إن جامعتك فعليّ صوم هذين الشهرين ، أو الثلاثة ، أو الأربعة فليس بمولٍ إن كان حرّاً حتى يريد على الأربعة ، وكأنه قال : لأجامعك حتى تنسخ هذه الأربعة أشهر^(٣) ، فلاشي عليه حتى يزيد على ذلك .

وإن قل : إن جامعتك فعليّ صوم شهر . كان موبياً ، لأنه غير معين ، وكأنه في المعين ضرب لوطئها أجلاً ، فلا يكون موبياً حتى يكون الأجل أكثر من أربعة أشهر من يوم يمينه . إلا أن يعين شهراً بعد أربعة أشهر فإنه يكون موبياً ، كقوله وهو في أول المحرم : إن وضعت فعليّ صوم جمادى الأولى ، فكأنه قال : لأطوك حتى ينسخ جمادى الأولى ، والأصل في هذا أن ينظر ، فإن مضى أجل^(٤) الإيلاء ولا يمين عليه تمنعه من الجمع فليس بمولٍ ، وإن مضى الأجل ولا يمين باقية عليه فهو مولٍ .

ومن كتاب ابن المواز : وإن قال : إن قربت فعليّ صوم هذا الشهر ، أو شهر بينه وبين آخره أربعة أشهر : فليس بمولٍ حتى يكون بينه وبين آخره أكثر من أربعة أشهر^(٥) ، وهو نحو ما بينا ، وبالله التوفيق .

ومن المدونة : وإن قال : والله لأطوك في هذه السنة لا يوماً واحداً ، لم يلزمه إيلاء إلا أن يطأ وقد بقي منها أكثر من أربعة أشهر ، وقد خفف فيها بالمدينة^(٦) .

(١) "لم" ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٨٦/٣ - ٨٩ ، تهذيب المدونة ص ١٢٤ .

(٣) "أشهر" ليست في أ ، ب .

(٤) "أجل" ليست في ز .

(٥) النوادر والزيادات ج ٣٦٧/١ .

(٦) انظر : المدونة ٨٩/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٤ .

وهن كتاب ابن المواز : ومن حلف ألا يطأ امرأته في هذه السنة إلا مرة ، فقال بن القاسم : إن وطئها وقد بقي من لسة أكثر من أربعة أشهر صار مولياً . وقال أيضاً : إن مضى / من السنة أربعة أشهر ولم يطأ وقف ، فإما فاء وإما [١/٣] طلق عليه ، وهو أحب إلى بن القاسم وأصيح وإلينا . فإن فاء فهو فيما يستقبل مولياً لاشت فيه ، ويوقف ثانياً لأربعة أشهر أخرى وقاله أشهب .

قال : فإن لم ترفعه حتى بقي من السنة أربعة أشهر - يريد ولم يطأ بعد - فلاحجة لها إلا أن يكون وطئ قبل ذلك فيكون مولياً . قال ابن القاسم : ولو قال : إلا مرتين^(١) ، لم يكن مولياً ، لأنه إن شاء تركها أربعة أشهر ثم وطئها ثم تركها أربعة أشهر ثم وطئها ، فلا يبقى من السنة إلا أربعة أشهر .

وقال أصيح : هو مول^(٢) .

قال محمد : غبط أصيح رحمه الله^(٣) .

ومن بحال أصيح : هو مول ، لأنها عيّن على كل حال ، ولأن الوطئين إن عجلهما بقي باقي السنة أو أكثرها لا يقدر على الوطء^(٤) ، ولو شاء أن يعجلهما عجلهما فهو يؤخرهما لذلك .

وإن قال : إذا وطئتك ، أو إذا وطئتك كذا وكذا فأنت طالق البتة ، فذلك سواء ، هو مول تطلق عليه إذا مضت أربعة أشهر من يوم حلف ، وقاله أصيح .

(١) أي حلف ألا يطأ امرأته في هذه السنة إلا مرتين .

(٢) منع من أجل اليمين .

(٣) انظر : الوادر والزيادات ل ٣٦٦ ب .

(٤) "الوطء" مكانها بياض في أ ، ب .

ومن المدونة : قال مالك : وإن حلف ألا يطأها حتى تفتطم ولدها فليس بمول . لأن هذا ليس عبي وجه الإضرار ، وإن أراد صلاح ولده ، وقاله علي بن أبي طالب رضي الله عنه ^(١) ^(٢) .

ومن كتاب ابن المواز : ومن حلف ألا يطأ امرأته التي ترضع سنتين وقال : أردت تمام الرضاع ، فليس بمول إلا أن يموت صبي وقد بقي من السنتين أكثر من أربعة أشهر ، فيلزمه الإيلاء من يومه ^(٣) .

قال الشيخ : واعترض بعض أصحابنا قوله : من يومه ، وقال : إنما حمل عليه أولاً أنه غير مضار ، فإذا مات الولد ولم يطأ تبين أنه إنما ^(٤) أراد الضرر ، فينبغي أن يكون أجله من يوم حلف .

قال الشيخ : وليس بصواب ، لأنه يحتمل أن يكون اليوم أراد الضرر بامتناعه ، إذ لا عذر له ، ويحتمل أن يكون أراد من الأول ، وما يكون أولاً يكون لاحقاً له ، فحمل أنه اليوم أراد الضرر بلا شك فيه ^(٥) .

ابن المواز : ولو حلف بطلاقها لأتزوجن عليك إذا استغنى وسدك عنك ، وذلك في الحولين ، فليكف عن وطئها ، ولا وقت في ذلك إلا أن ينويه .
قل محمد : لا يكف عن الوطء إلا بعد الحولين ، وبعد الحولين يكون موبياً إن رافعته ^(٦) .

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب من قال : الإيلاء في الرضعي والغضب ، ومن قال في الغضب ١٣٨/٤ رقم (١٨٦١٨) .

(٢) انظر : المدونة ٨٩/٣ .

(٣) أي من يوم موت صبي ، فإذا نقضت أربعة أشهر من ذلك اليوم وقف . انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٧١/ب .

(٤) "إنما" ليست في أ ، ب .

(٥) قال أبو الوليد لياحي . فاعتد بمدة التبرص له من يوم لم يبق بيمينه وجه غير ضرر . المتقى ٣٦/٤ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٧١/ب .

وفي كتاب ابن سحنون : إذا حلف بطلاقها ألبتة ألا يطأها حتى تقطع ولدها فليس بمولود ، وإن مات ولدها قبل الفطام فله وطؤها ، ولا يحنث إن كانت نيته في ذلك صلاح ولده ، وإن كنت نيته ألا يمسهما حولين كاملين فهو مولود . وتطلق عليه إذا أوقفه السلطان بعد أربعة أشهر ، لأنه لا يقدر أن يمسهما ، ولا يفى ، لأن في يمينه بالبتة ، وإن هي لم توقفه حتى مضت الحولين فقد خرج من يمينه^(١) .
ومن المدونة : وإن حلف ألا يطأها سنة فمضت السنة قبل أن يوقف فلا يلاء عليه .

وإن حلف ألا يطأها ثمانية أشهر فوقف لأربعة أشهر فأبى أن يفى^(٢) فطلق عليه ثم ارجع ، فإن انقضت عدتها وقد بقي من الأشهر لأخرى فليس برجعة ، وإن انقضت الأربعة أشهر قبل تمام العدة ولم يمسه مرجعته ثابتة ، لأنه ليس هاهنا بمنع من^(٣) الجماع .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : والله لأطورك ، ثم قال بعد ذلك بشهر : علي حجة إن قربتك ، فوقف الأربعة أشهر من اليمين الأولى فطلق عليه ثم ارجع فلا يقاف عليه لليمين الثانية ، إذ لو حنث بالوطء لزمته اليمينتان^(٤) جميعاً ، فكذلك التصليق عليه لليمينتين جميعاً ، وقاله غيره^(٥) .

(١) تهذيب المطالب ل ٣٨/أ .

(٢) "أن يفى" مكانها بياض في أ ، ب .

(٣) "من" ليست في ز .

(٤) "اليمينتان" ليست في ' ، ب .

(٥) نظر : المدونة ٩٠/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

[الباب الثاني]

**فيمين حلف بالطلاق ليفعلن هو أو غيره كذا
ودخول الإيلاء عليه**

فصل ١ — فيمين حلف بالطلاق ليفعلن هو أو غيره كذا

قال ابن القاسم : ومن حلف بالطلاق ليجلدن / عبده جدياً يجوز له ، فباعه [٣/ب] قبل أن يجلده ضرب له أجل المولي إن رفعته ، فإن حلَّ الأجل قبل أن يملكه بشراء أو غيره فيجلده طلقناها عليه واحدة ، فإن ملكه في العدة أيضاً فضربه كانت له الرجعة ، وإن انقضت قبل أن يملكه بانت منه . ثم إن نكحها عاد مولىً ووقف إلا أن يملكه فيضربه فيبر^(١) .

قال الشيخ : يريد: وإن قمت عليه فضرِبْ به^(٢) أجل المولي فحل قبل أن يملكه فإنها تطلق عليه ثانية ، ثم إن نكحها ثالثة عاد مولىً وطلقت لتمام الأجل ، ثم إن نكحها بعد زوجٍ لم يكن مولىً لزوال^(٣) العصمة التي حلف بها ، ولو أراد أولاً أن يطلقها واحدة ليزيل يمينه كان ذلك له ، ثم إن ارتجعها لم يكن مولىً ، كما قل فيمين حلف بطلاق امرأته واحدة ليتزوجن عليها : فأحب ألا يتزوج عليها^(٤) ، فإنه يطلقها واحدة ويرتجعها فتزوجن عنه^(٥) يمينه فكذلك هذا ، ولا يرفع يمينه طلاقه الإيلاء ، لأنه لم يحنث نفسه فيما حلف عليه ، وإنما طلق عليه بسبب الإيلاء ، كما لو حلف بطلاق زوجته ألا يدخل الدار ، ثم حلف بطلاقها ألا يكلم زيداً ، فكلمه فطلقت عليه ، فلا يزال ذلك يمينه على دخول الدار إذا ارتجعها .

(١) انظر : المدونة ٩٠/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٥ .

(٢) "له" ليست في أ .

(٣) في ز لتمام .

(٤) "عليها" ليست في ز .

(٥) "عنه" ليست في ز .

ومن المدونة : وقال ابن دينار : ساعة باعه طلقت عليه .
قال ابن دينار : ومن حلف بحرية غلامه ليضربنه ، فباعه قبل لضرب نقضت
لبيع وعتقه عليه ، إذ لأنقض صفقة مسم إلا إلى عتق ناجز^(١) .

[فصل ٢ — في دخول الإيلاء عليه]

قال ابن القاسم . ومن دخل عليه الإيلاء لضرر^و وغيره ولم يحلف على ترك
لوطء مثل أن يقول : إن لم أفعل ، أو لأفعلن كذا فأنت طالق ، فهو على حث^ث
ولا يبطأ ، فإن رفعته ضرب له الأجل من يوم ترفعه .

قال غيره : وهذا إذ تبين لسلطان ضرره به ، فأما إن لم يمكنه فعل ما حلف
عليه لم يحل بينه وبينها . ولا يضرب له أجل ، فإذا أمكنه فعل ذلك حيل بينهما ،
وضرب له أجل الموي إن رفعته كالحلف بالطلاق ليحجن ولم يوقت سنة بعينها ،
وهو في أول السنة ، أو لأخرجن إلى بلد كذا ولا يمكنه الآن خروج لخوف طريق أو
نحوه ، ولا يستطيع الحج في أول السنة ، فهذا لا يحال بينه وبين امرأته ، فإذا أمكنه
الخروج أو جاء وقت الحج فتركه إلى وقت إن خرج لم يدركه منع حيث^ث من اللوطء
وضرب له أجل الموي من يومئذ إن رفعته .

- قال الشيخ : يريد وكذلك إن رفعته في إبان الخروج الذي يدرك فيه الحج
فإنه يمنع من اللوطء أيضاً ، ويضرب له أجل الموي ، وقاله ابن نافع بعد هذا ، وهو
تفسير ، والله أعلم - .

قال : فإن فعل ما يبر به من الحج إن كان يدركه ، أو الخروج إلى البلد قبل
الأجل بر ، وإن حل الأجل ولم يفعل ما أمكنه من ذلك طلق عليه ، فإن ارتجع وفعل

(١) انظر : المدونة ٩٠/٣ .

الحج ، أو الخروج إلى اسد قبل انقضاء العدة نبت رجعت ، لأن فيئته هاهنا فعله ، وأما في نفس الإيلاء فالوطء فيئته .

وقال ابن نافع عن مالك في الحلف بطلاق ليحجن ، ولم يسمّ العام الذي يحج فيه ، إن له . لوطء ماينه وبين أو حجة ، فإذا جاء إبان اخروج الذي يدرك فيه الحج من يلدّه ، فحينئذ لا يمسها حتى يحج^(١) .

وقال ابن القاسم في المستخرجة^(٢) : لا يوطأ حتى يحج ، وإن كان بينه وبين ذلك رمحاً فيحرم ويخرج ، وإن رضيت مرته أن تقيم بلامسيس فليحج متى شاء وإن رفعت أمرها إلى السلطان وطلبت المسيس ، قيل له : أحرم وإن كان ذلك في الحرم ، فإن أبي أن يحرم ضرب له أجل لمولي ، فإن أحرم في ذلك الأجل لم يعلق عليه ، وإن حل أجل الإيلاء ولم يحرم طلق عليه . وذكر سحنون في كتاب ابنه هذه الرواية / وذكر رواية ابن نافع^(٣) وقال بها^(٤) .

قل الشيخ : وهو سميّ العم الذي يحج فيه م يكن مولياً ، لأنه لا يمنع من الوطء ، لأنه ضرب لفعله أجلاً ، فهو عني برّاً بالتأجيل .

ابن المراز : وكل من حلف عسى فعس أو خروج إلى بلد ، وذلك لا يمكنه حينئذ لم يكن عسى حنث حتى يأتيه وقت يمكنه ، فمن يؤمّن يكون عسى حنث ، وكذلك إن لم يكن لخروجه وقت إلا أنه منعه فساد طريق أو علاء كراء ، فهو عذر ، وكذلك يمينه ليكلمن فلاناً وهو غائب ، فلا يوقف حتى يقدم فلان وإن صالت غيبته ، وإن مات في غيبته ما كان عليه شيء ، وإن كان حاضراً وصال مقامه . يمكنه الفعل فلم يفعل حتى مات فلان فحنث ، والحالف عسى بخروج لو أمكنه فممنع من الوطء لم يرجع إليه ، وإن جاء بعد ذلك وقت لا يمكنه لفوات

(١) انظر : المصدر نفسه ٩١، ٩٢-٩٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٥ .

(٢) أي فيمن قال : إن لم أحج فامرئى طالق .

(٣) عن مالك ، وهي لي تقدمت قريباً

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٧٠/أ ب .

ماكان أمكنه ، فإن وطئ جهلاً لم ينفعه ذلك ، ويضرب له أجل المولي إن طببت ذلك ، فإذا حنّ طلقت عليه ، والحالف ليحجن إذا جاء إمكان الخروج للحج منع من الوطء حينئذ ، ثم إذا فات وقت الخروج فرفعت أمرها ضرب له أجل الإيلاء ثم طلق عليه لحلولة^(١) ، لأنه لا يقدر على الفية ، ولا يحج وسط السنة ، ورواه عبد الملك عن مالك ، وهو أحب ما فيه إلي .

وقال ابن القاسم : إذا أمكنه الخروج فلم يخرج حتى فاته طلق عليه .
وقال أشهب : وقال : يمنع وقت إمكان الخروج ، فإن فاته الخروج رجع إلى الوطء حتى يأتي وقت الخروج أيضاً .
وقال عبد الملك : لا يمنع حتى يفوته الوقت ويعلم أنه لو خرج لم يلحق ، فيمنع حينئذ ويكون مولياً إن رفعته ، وروايته عن مالك أحب إلينا .
قلت : فإن تأخر ضرب الأجل بتأخير رفعها حتى صار يمكنه الخروج ثانية؟
قال : يضرب له الأجل حينئذ ، لأنه ممن منع الوطء مرة ، فإن لم يتم حجه قبل الأربعة أشهر طلق عليه .

واحالف : لا أطوك حتى أخرج إلى الحج ، هو من يوم حلف مولى ، والأجل من يوم يمينه ، ويطلق عليه لحلولة إن لم يخرج .
ابن القاسم : وإن حلف بالطلاق ليحجن فلان ، لم يمنع منها حتى يأتي إبان الحج ، فإما حج أو طلق عليه .
ابن المواز : إذا زال وقت الخروج طلق عليه ، بخلاف الحالف على نفسه ليحجن ، فيذهب إبان ، فهذا مولى^(٢) .

وقل عنه عيسى في العتبية : والقائل : إن لم يحج فلان ، كالقائل : إن لم أحج أنا ، ويضرب له أجل الإيلاء ، وأما إن قال : إن حج فلان ، أو فعل كذا ، فلا شيء عليه في رواية محمد وعيسى حتى يفعل فيحدث^(٣) .

(١) في ز "لم تطلق عليه بحلولة" .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل ٣٧٠/ب .

(٣) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٧٩/٦ ، النوادر والزيادات ل ٣٧١/ب .

ومن المدونة : قل بن القاسم عن ماث : ومن قال لرجل : امرأته طالق^(١) إن لم تهب لي ديناراً ، أو قل لامرأته لنصرانية : أنت طالق^(٢) إن لم تسلم ، حيل بينه وبينها ، ولم يدخل عليه في هذا إيلاء ، ولكن يتلوم نه الإمام عسى قدر ما يرى أنه أرد يمينه ، فإن أسمت ، أو وهب نه الأجنبي لدينار وإلا طنقت عليه^(٣) .

ابن المراز : ولا يكون الاجتهاد في التلوم فيما زاد على أجل الإيلاء ، بل من الناس من يرى أن وجه يمينه شهر ، أو أكثر من ذلك ، وقل على قدر ما يرى أنه أراد^(٤) .

ومن المدونة : وإنما يدخل الإيلاء في هذا على من حلف ليفعلن هو نفسه فعلاً يجوز له ، وأما أن يحلف على معصية كقوله : أنت طالق لأقسن فلاناً ، أو لأشربن خمرًا ، فلا يتنوم في هذا ويطلق عليه بسطان مكانه ، ويعتق عليه^(٥) إن كان عتقاً .

رببعة : وكذلك قوله : لأضربن فلاناً ، لا أن يجب عليه ضربه بحق ، فيدخل عليه الإيلاء .

قال ابن شهاب : وإن حلف^(٦) ليفعلن ما يجوز له إلى أجل ، لم يحل بينه وبينها ، فإن لم يؤجل ضرب له الأجل فن فعل ماحلف عيه فبسييل ذلك ، وإلا فرق بينه وبين امرأته / صاغراً قميناً .

[٤/ب]

قال رببعة : وإن حلف بطلاق امرأته ليخرجنني بى برفيقة ، أو ليتزوجن عيها ، فإنه يوقف عن وطئها ، ويضرب له الأجل^(٧) .

(١) انظر : المدونة ٩٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٥ .

(٢) انظر : النكت والفروق ل ٣٨٨/أ .

(٣) "عليه" ليست في أ ، ب .

(٤) في أ "فعل" .

(٥) قال الليث : ونحن نرى ذلك . انظر : المسونة ٩٢/٣ .

[الباب الثالث]

فيمن آلى من أجنبية أو صغيرة أو مطلقة أو أربع نسوة
أو حلف بعنق عبده ألا يبطاً امرأته
أو بطلاق امرأة له أخرى

[فصل ١ — فيمن آلى من أجنبية]

قال مالك : ومن قال لأجنبية : والله لأطوك ، وأنت عبي كضهر أُمي ، ثم
نكحها لزمه الإيلاء . ولم يزمه الظهار ، إلا أن يريد بقوله إن تزوجت ، فيلزمه
نظهار .

فإن قال لها : إن تزوجتك فأنت طالق ، والله لأقربك ، فإن نكحها طلقت
عليه ، ثم إن نكحها ثانية لزمه الإيلاء .
وإن قال لها : إن تزوجتك فوطئتك فأنت طالق ، كان مولياً يوم الترويع ،
فإن وصنها طلقت وسقط عنه^(١) الإيلاء ، ويصير إذا تزوجها كمن قال لزوجته : إن
وطئتك فأنت طالق ، وقد تقدم الجواب فيها^(٢) .
ولا يجوز لرجل أن يبطاً أمَّ جارية له قد وطئها بملك اليمين^(٣) .

[فصل ٢ — فيمن آلى من صغيرة]

ومن آلى من صغيرة لا يوطأ مثلها لم يؤجل حتى تبلغ حدَّ سوطه ، فمن
يؤمئذ يضرب له الأجل^(٤) .

(١) "عنه" ليست في ز .

(٢) انظر ص ٨٧٥ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٩٤، ٩٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٥ .

(٤) انظر : المدونة ٩٤/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٥ .

فصل [٣ - فيمن آلى من رجعية]

ومن طلق امرأته طلاقاً يملك فيها^(١) الرجعة ، ثم آلى منها ، فهو مولى ، فإن مضت أربعة أشهر قبل انقضاء العدة وقف ، فإما فء وإلا طلق عليه^(٢) .

فصل [٤ - فيمن آلى من أربع نسوة]

ومن قال لنسائه الأربع : والله لأقرب واحدة منكن ، ولانية له لو احدثت بعينها . فيمينه على جميعهن ، فإن ماتت إحداهن أو طلقها ألبنة كان على بيلائه فيمن بقي ، فإن وطئ منهن واحدة حنث في جميعهن ويكفر ، ثم لا كفارة عليه فيمن وطئ من البواقي ، لأنه ما وطئ حنث ولزمته الكفارة بوطنها ، وسقطت عنه ليمين ، فإذا وطئ أخرى فإنما يطاء بغير يمين^(٣) .

فصل [٥ - فيمن حلف بعق عبده ألا يطاء امرأته]

ومن قال لزوجته : إن وطئتك فعبي ميموناً حرّاً ، فباعه فله أن يطاءها . فإن اشتراه عاد مولى ، ولا يحنث إلا بالوطء وهو في ملكه^(٤) .
وإن بيع في تقيس ثم اشتراه فقد قيل : لا تعود عليه اليمين ، وقال ابن القاسم : تعود عليه^(٥) .

(١) "فيها" ليست في ز .

(٢)، (٣) انظر : المدونة ٣/٩٥، ٩٦ ، تهذيب المدونة ص ١٢٥ .

(٤) انظر : المدونة ٣/٩٥ ، تهذيب المدونة ص ١٢٥ .

(٥) انظر : الشوارد ولزبادات ل ٣٦٧/١ .

قال الشيخ : كمسألة من حلف بحرية عبده ألا يكسب فلاناً ففلس فباعه عليه الإمام ، ثم اشتراه ثم كلمه ، فقال ابن القاسم : يحنث^(١) ، وقال أشهب : لا يحنث ، فهي هذه بعينها .
قال^(٢) هاهنا : فأما إن رد لغرماء عتقه فبيع لهم ثم اشتراه فلم يختلف ماله وأصحابه أنه لاشي عليه^(٣) ، وإن رجع إليه لعبد بميراث فلا شيء عليه^(٤) .

فصل [٦] — فيمن حلف بطلاق إحدى امرأته ألا يطاء الأخرى

ومن قال : زينب طالق إن وضعت عزة ، فطلق زينب واحدة ، فإن انقضت عدتها فله وطء عزة ، ثم إن تزوج زينب بعد زوج أو قبل زوج عاد مولياً في عزة ، فإن وطئ عزة بعد ذلك أو طئها في عدة زينب من طلاق واحدة حنث ، ووقع على زينب طلقتان الآن تمام الثلاث .

ولو طلق زينب ثلاثاً ثم نكحها بعد زوج لم يعد عليه في عزة إيلاء ، لزوال طلاق ذلك الملك ، كمن حلف بعتق عبده له أن لا يطاء امرأته ، فمات العبد ، فقد سقطت اليمين ، فلو صنع عزة ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج ، وزينب عنده عاد مولياً ما بقي من طلاق زينب شيء ، كمن آى أو ظاهر ثم طلق ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج فلذلك يعود عليه أبداً حتى يكفر أو يفى - يعني ظهاراً مجرداً باليمين حلف بها - .

(١) وهو قول مالك أيضاً ، فقد قال : يحنث ، ويس بيع سلطان مما يخرجه من يمينه ، وبيعه وبيع السلطان واحد . المسونة ، كتاب العتق الأول ١٥٦/٣ .

(٢) أي ابن القاسم .

(٣) في أ "له" .

(٤) انظر : التودر والزيدات ل ٣٦٧/أ .

وإن قال : زينب طالق واحدةً إن وطئت عزةً ، فطبق زينب واحدةً ثم وطئ عزةً في عدتها أو بعد أن نكحها ثانيةً طلقت زينب طلاقاً أخرى^(١) .
ومسألة من حلف ألا يطأ حتى يموت فلانٌ ، أو يقدم أبوه فقد تقدمت في الباب الأول^(٢) .

(١) انظر : تهذيب المدونة ص ١٢٥ .

(٢) انظر ص ٨٧٥ .

[الباب الرابع] في إيقاف المولي وفيئته / والطلاق عليه

[٥/٥]

قال الله سبحانه : ﴿فَإِنْ فَاؤُوا فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ . وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(١) . قوله تعالى : ﴿فَإِنْ فَاؤُوا﴾ يريد : فإن رجعوا عما حلفوا عيبه من ترك النوط ، لأن العيب في لسان العرب هو الرجوع^(٢) .
وقوله : ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ يدل [على]^(٣) أن الفراق لا يقع عيبه بتمام الأجل ، إذ لو كان لطلاق واقعاً بحلول الأجل ما قل : ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ ، فلم يقع الفرق دلالة بتمام الأجل حتى يوقفه لسلطان^(٤) ، وقلة عمر ، وعثمان ، وابن عمر ، وعائشة^(٥) . وبضعة عشر من الصحابة^(٦) ، وكثير من التابعين رضي الله عنهم أجمعين^(٧) .

-
- (١) سورة بقرة : آية ٢٢٦، ٢٢٧ .
 - (٢) يقل : فاء إلى الأمر في وقاءة قيت وبيوء : رجع إليه ، ويقال : فئت إلى الأمر شيئاً ، إذ رجعت إليه النظر . انظر : لسان ، مادة (فَاء) .
 - (٣) من تهذيب الطذب .
 - (٤) في أ ، ب ' حتى ترفعه إلى السلطان' .
 - (٥) في المولي أو يطلق .
 - (٦) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب في المولي يوقف ١٣٣/٤ رقم (١٨٥٥٧) ، (١٨٥٥٩) ، (١٨٥٦٣) .
 - (٧) أخرجه ابن أبي شيبة أيضاً من قول لسليمان بن يسار ١٣٣/٤ رقم (١٨٥٥٨) .
 - (٨) انظر : تهذيب ، مطالب ١/٣٦ .
 - (٩) وهم عروة بن الربرير والقاسم بن محمد وسليمان بن يسار ويحيى بن سعيد وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وأبو ازناد ومروان بن لحكم ومجاهد وسعيد بن جبور . انظر : لدونة ٩٧/٣ .

قال ابن القاسم : وإذا مضت سنة لمولي ولم يوقف لم يطلق عليه ، فإن وقف عند الأجل فلم يفيء طلق عليه الإمام واحدة ، فإن قال : أنا أفني ، لم يعمل عليه بالطلاق واختاره مرةً ومرتين فإن تبين كذبه طلق عليه .
ومن حلف "لا يبطأ امرأته إلا في بد كذا ، ومسافقتها أقل من أربعة أشهر أو أكثر ، أو حتى يكلم فلاناً أو يقضيه حقه فهو مولى ، فإن وقف بعد الأجل فقال : دعوني أخرج ، فإن كنت البلدة قرية ، أو الرحى في موضع قريب مثل ما يختار بالفيتة فذلك له . وإن بعد ذلك طلق عليه ، ولا يزداد فيما أجل الله في الإيلاء ، وقيل له : ارجع إن أحببت .

وإن جامعها المولى بين فخذيتها بعدما أوقفته ، أو قبل أن توقفه فلا يفيء إلا بالجماع في الفرج إذا لم يكن له^(١) عذر ، ولا يفيء بالوعدة دون الفرج ولا بالقبلة والمباشرة واللمس ، إلا أن الكفارة تدرمه بنوعدة دون الفرج ، إلا أن يكون نوى الفرج فلا تلزمه كفارة ، كقول مالك فيمن حلف بعق أمته إن وطئها فزنه يحنث^(٢) بالوعدة دون الفرج ، وتحمّل أيمانهم على الاعتزال حتى ينخص بنته الفرج^(٣) .
قال في كتاب الرجم : وإن جمع المولى في الدبر حنث ، وزال عنه الإيلاء ، ولزمته الكفارة .

قيل : أيسقط عنه الإيلاء وهو لم يكفر؟
قال : نعم ، لأن هذا جماع لاشك فيه ، إلا أن يكون نوى الفرج فلا كفارة عليه وهو مولى بحاله - وطرحه سحنون ولم يقرأه -
قال فيه^(٤) : وإن وطئها بين الفخذين فكفر زال عنه إيلاؤه ، لأنه لو كفر قبل أن يبطأ لسقط عنه الإيلاء ، فكيف إذا كفر للإيلاء^(٥) .

(١) "له" ليست في أ ، ب .

(٢) في أ "يحلف" ، وهو تحريف .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٩٦/٣ - ٩٨ ، تهذيب المسونة ص ١٢٥ .

(٤) أي قال ابن القاسم في كتاب الرجم .

(٥) انظر : المدونة ٢٥٥/٦ .

ومن كتاب الإيلاء : قال مالك : وأحسن للمولي أن يكفر لليمين بالله بعد الحنث ، فإن كفر قبل الحنث أجزأه وزال عنه الإيلاء .

وقال أشهب : لا يزول عنه الإيلاء حتى يطا . وهو أعلم في كفارته ، إذ لعله كفر عن يمين بالله سنفت ، إلا أن تكون يمينه في شيء بعينه فيزول .

قال ابن القاسم وغيره : وإذا وقف المولي فعجل حنثه زال عنه إيلاؤه ، مثل أن يحلف بطلاق امرأته ألا يطا^(١) امرأة له أخرى - محمد : ثلاثاً أو بقية الثلاث - .

قال ابن القاسم : أو يعتق عبده بعينه ، فإن طلق المحلوف بها ثلاثاً أو بقية الثلاث ، أو أعتق العبد أو حنث فيها زال الإيلاء عنه ، وكذلك إن حل الأجل وهو مريض ، أو مسجون ، أو غائب ، وكانت يمينه بما ذكرنا^(٢) ، أو^(٣) بصدقة شيء بعينه ، أو بالله لم يطلق عليه ، ولكن يوقف المريض أو المسجون في موضعه ، ويكتب إلى الغائب ، فإن كانت بلده مسيرة شهر أو شهرين فيوقف أيضاً في موضعه ، فإذا عجلوا الكفارة ، أو إيقاع ما ذكرنا من المعينات من عتق أو طلاق أو صدقة ، وإلا طلق على كل واحد التي آلى منها ، فإن قالوا : نحن نفعل ، احتسروا مرةً وثانيةً ، فإن لم يفعلوا طلق عليهم .

وقد قال ابن القاسم في يمينهم بالله : أنهم إن فاؤوا بأسننتهم أجزأهم .

قال سحنون : وهذه الرواية أصح من كل ما كان من هذا الصنف / على غير [٥/ب] هذا الوجه^(٤) ، وعليه أكثر الرواة .

قال ابن القاسم : فإذا أمكنهم الوطء فلم يطؤوا طلق عليهم ، ولو كفروا في تلك الحال المتقدمة ثم أمكنهم الوطء فلم يطؤوا فلا إيلاء عليهم ، فإن آلوا بما لا يكفر قبل الحنث أو بما لا ينفعهم تعجيل الحنث فيه قبل الوطء كاليمين إن وطئ

(١) "ألا يطا" ليست في أ

(٢) أي بطلاق امرأة له أخرى ، أو يعتق عبده بعينه .

(٣) "أو" مكانها بياض في أ ، ب .

(٤) "الوجه" ليست في أ ، ب .

بعث عبدٌ بغير عيه ، أو صدقةٍ غير معينة ، أو بمشي ، أو بطلاقٍ فيه رجعةٌ فيها أو في غيرها ، فانضمتهم بالقول حتى يمكنهم الرطء ، فيصلوا أو يطلق عليهم^(١) ، وبعض هذا من غير المدونة^(٢) .

قال مالك في كتاب الطهار : ومن حنف بعث رقيةً غير معينة بأن لا يطأ ، فأعتق قبل الرطء إرادة إسقاط الإيلاء عنه^(٣) أنه يجزئه ، وأحب إلي أن يفعل بعد الحنف^(٤) .

قال ابن المراز : قد قال هذا ، وقال أيضاً : لا يجزئه ذلك إلا في رقيةٍ معينة^(٥) . قال أبو محمد : يريد محمد^(٦) في الأحكام ورل الإيلاء عنه ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيجزئه أن يكفر عنه به^(٧) قبل الحنف^(٨) .

ومن الإيلاء : ولا يحنث المريض إذا فء بلسانه ، وإنما يحنث إذا جامع ، فبن أوقف المولي وهي حائض ، فقال : أنا أفئ ، أمهل حتى تطهر^(٩) .

ومن غير المدونة : وإن قال في الحيض : لا أفئ ، فروي عن مالك : أنها تطلق عليه^(١٠) - محمد : ويجزئ على الرجعة - وروي عنه أيضاً : أنها لا تطلق عليه حتى تطهر^(١١) .

(١) انظر : المصدر نفسه ٩٩/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٦ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٦٨/أ .

(٣) "عنه" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٨٢/٣ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٦٧/أ .

(٦) "محمد" ليست في أ .

(٧) أي بالعتق .

(٨) انظر : المصدر نفسه ل ٣٦٧/أ .

(٩) انظر : المدونة ٩٩/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٦ .

(١٠) وهو قول ابن القاسم .

(١١) وهي رواية أشهب عنه . انظر : المنتقى ٣١/٤ .

قال الشيخ : وذكر عن أبي القاسم بن الكاتب في قول محمد : ويجبر عسى الرجعة : ما ترى هذا عسى قول مالك ، لأن الجبر على الرجعة فيمن طلق في الحيض إنما العنة فيه تطويل للعدة ، والمرأة هاهنا هي الطالبة له في ذلك ، وأيضاً فلو كان يجبر^(١) على رجعة ما أوقفه السلطان ، لأنه كيف يطلق عنه طلاقاً لا ينبغي ثم يجبر على الرجعة ، ولو كان يجبر على الرجعة عند مالك لذكره^(٢) .

قال الشيخ : وإنما جبره محمد عسى الرجعة ، لأن الطلاق اواقع في الحيض بسببه ، إذ قال : لأفي ، وكأنه قال : لأفي ، فوجب إيقاع الطلاق عليه لأن ، إذ لايزاد فيما أجر الله ، فلم^(٣) وقع الطلاق بسببه في الحيض ، فكأنه هو أوقعه ، فوجب جبره على الرجعة ، ويحتمل ألا يخالف ذلك مالك ، كما هو جعل طلاقها بيد رجل فطققه في الحيض ، أنه يجبر عسى الرجعة ، والله أعلم .
قال ابن القاسم في المدونة : وإن أتى صحيح ثم مرض فلم يفي بالكفارة فطلق عليه ثم مات من مرضه ذلك ورثته^(٤) .

ابن المواز : ومن تظاهر من امرأته ثم أتى منها ثم وقف الأجل فله عذر بالظهور كالعذر بالمرض ونحوه ، ولكن لا يقبل منه إن قال : أنا أفى بالوطء ، فإن كنت يمينه يقدر أن يسقها أو يكفره أمراً بذلك ، فإن فعل بقي مظاهراً ، ثم لا يدخل عليه الإيلاء حتى يتبين صدقه ، وذلك أن يقدر على الكفارة فلا يفعل ولا يفي بالمصايب ولا يمكن منه ، ولا ينفعه إن فعل^(٥) .

(١) "يجبر" ليست في أ .

(٢) انظر : تهذيب لطلاب ل ٣٨/١ .

(٣) في أ "فنو" .

(٤) قال ابن القاسم : وجمعه فاراً ، أي من تورثها .

انظر : المدونة ٩٩/٣ ، ١٠٠ ، تهذيب المدونة ص ١٢٦ .

(٥) النوادر والزيادات ن ٣٦٩/١ .

قال الشيخ : لأنه ممنوعٌ من الوطء كما لو لم يطأ ، ولكن تلزمه كفارة الظهار ، فإن كفر زال عنه الإيلاء ، أي له الوطء .

ومن العتية : قال أصبغ : وإذا حل أجل المولي وقد فقد وكشف عنه الإمام وصار ممن يضرب له أجل المقد فليأتنه له أجل لمفقود ، ولا يطلق عليه بالإيلاء ، إذ لعله ميت .

وأما إن جُنَّ أو أغمي عليه فيوكل الإمام به من ينظر له ، فإن رأى ألا يفبي أطلق عليه ، وإن رأى له^(١) أن يفبي كفر عنه . إن كانت يمينه تمنعه الوطء ، أو يعتق عنه إن كانت يمينه يعتق رقبة ، ولو وطئها في حال جنونه كان ذلك له فيئة ، ويكفر عنه وليه . إن كانت يمينه يعتق رقبة^(٢) في صحته ، ويخني بينه وبين وطئها إلا أن يخاف أذاه .

ولو كانت يمينه بلطلاق أن / لا يطأها إلا في بد كذا ، أو حتى يغزو فلوليه [٦] أن يلزمه هذه الطلقة ، وله أن يخرج به إلى البد الذي حلف على الوطء به أو يغزو به ثم يرده فيطأ^(٣) .

(١) "له" ليست في ز .

(٢) "يعتق رقبة" ليست في أ ، ب .

(٣) ولا يطلق عليه .

نظر : العتية مع البيان والتحصيل ٢٩٥،٣٩٤/٦ ، النوادر والزيادات ل ٣٦٩/أ، ب .

[الباب الخامس]

**فيمن ترك وطء زوجته ، أو آلى وهو خصي
أو شبخ أو شاب ثم قطع ذكره**

[فصل ١ — فيمن ترك وطء زوجته]

قال مالك رحمه الله : ومن ترك وطء زوجته لغير عذر ولا إيلاء لم يترك ،
فإنما وطئ أو طلق وبذلك يقضي^(١) - يريد ويتلوم له مقدار أجل الإيلاء أو أكثر^(٢)
إذ هو حلف على مقدار أجل لإيلاء لم يطلق عليه . فكيف إذ ترك من غير عذر .
قال مالك : وقد كتب عمر بن عبد العزيز إلى قوم غابوا بخراسان وخلفوا
أهبيهم ، فكتب إلى أمرائهم : إما أن يقدموا أو يرحلوا نساءهم إليهم أو يصلقوا .
قال مالك : وذلك رأي ، وأرى أن يقضى به .
قال مالك : ومن تزوج امرأة بكر أو ثيباً فوطئها مرة ، ثم حدث له من أمر
الله ما منعه من^(٣) الوطء ، وعلم أنه لم يترك ذلك وهو يقدر عليه ، ولا يمين عليه ،
فلا يفرق بينه وبينها أبداً^(٤) .

(١) "وبذلك يقضى" ليست في ز ، ومكنها ياض في أ .

(٢) في أ ، ب "وأكثر" .

(٣) "من" ليست في أ .

(٤) انظر : المدونة ٣/١٠٠، ١٠١ ، تهذيب المدونة ص ١٢٦ .

فصل [٢ - فيمن آلى وهو خصي ، أو شيخ أو شاب ثم قطع ذكره]

وإن آلى خصي أو شيخ كبير^(١) وقد تقدم له فيها وطء ، أو آلى الشاب ثم قطع ذكره لم يوقفوا ولا حجة لئسائهم^(٢) .
قال في العتبية : ولو قطع ذكر المعترض في الأجل فرّق بينهما مكانه ، وليس كالمولي يقطع ذكره في الأجل ، فلاحجة هذه ، لأنه قد تقدم له فيها وطء^(٣) .

(١) كبير " ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ١٠١/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٦ .

(٣) أما الأول فلم يطق قط . انظر : العتبية مع إنبان والتحصيل ٣٨١/٦ ، ٣٨٢ .

[الباب السادس] في رجعة المولي وعودة الإيلاء عليه

قال مالك : وإذا صق السلطان على المولي ، وقد بنى فيه الرجعة في بقية العدة ، ويتورثان ما لم تنقض لعدة ، وإن ارجعها بالقول فواسع أن يخلي بينه وبينها فإن لم يصبأ حتى دخلت في أول دم الحيضة الثالثة حلت ، ولم تكن تلك رجعة إلا لمعنوري ممرض أو بسجن أو سفر ، فرجعت رجعة بالقول ، ثم إذا أمكنه الوطء بعد العدة فلم يصبأ فرق بينهما . وأجزتها العدة لأولى ، لا أن يكون خلا بها وأقر أنه لم يصبأ فتأنتف العدة ، ولا يكون له عليها رجعة في هذه العدة المؤتلفة ، لأنه أقر أنه لم يصبأ ، وإن قل أولا : وطنتها ، وأنكرت ، فالقول قوله مع يمينه .

قال مالك : وإذا طُلق على امولي قبل الناء فلا رجعة له ، قال : وإن طُلق عليه^(١) وقد بنى ، ثم لم يرتجع بالوطء حتى تمت العدة ثم تزوجها بعد ذلك فعاد الإيلاء عليه ولم يصبأ ، فأوقفته لتمام لأجل من يوم نكحه الثاني فلم يفيء فطُلق عليه فإنه لا رجعة له ههنا ، ذلأعدة عيها ، لأنه لم يين بها في النكاح الثاني^(٢) .

قال مالك : وإن صق على امولي للأجس وهي مستحاضة فارتجع ولم يصبأ حتى مضت أربعة أشهر ثانية ولم تتم العدة ، لأن عدتها سنة فلا يوقف ثانية ولكنه إن وصى في العدة فهي رجعة . وإن لم يصبأ حتى تمت العدة لم تكن رجعة .

وإن آلى من امرأته بعد البناء ثم طلقها واحدة فحل لأجل الإيلاء قبل تمام العدة وقف ، فإن طلق عليه الإمام كانت ضقة أخرى ، فإن تمت العدة قبل الأجل فقد بنت منه ، ثم إن نكحها بعد ذلك عاد مولى ، ووقف لأربعة أشهر من يوم نكحها هذا لنكاح الثاني لالتمام الأجل الأول^(٣) .

(١) عليه "ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ١٠٣/٣ ، ١٠٤ ، تهذيب المدونة ص ١٢٦ .

(٣) انظر : المدونة ١٠٣/٣ ، ١٠٢ ، ١٠١ ، تهذيب المدونة ص ١٢٦ .

قال ابن المواز : وكذلك يمينه : لا رجعتك ، فيوقف ، فإن رجع وإلا طسق عليه طقة أخرى ، وثبتت على عدتها^(١) .

ومن المدونة : قال مالك : والمولى إذا لم يفيء فيطسق عليه فكلما نكحها عاد مولياً ، وطبقت عليه بعد الوقوف وإن بعد ثلاث مرات / فأكثر ما لم يطأ أو يكفر . [ب/٦]
كانظهر يعود عليه بدءاً أبتها أو لم يبتها ما لم يكفر - يريد زهراً بمجرداً ، أو حنث بظهارٍ لأمرٍ حلف به ولم يحنث .

قال مالك : وإن آو منها إلى أجل بعيدٍ فطلق عيه لأجل الإيلاء ، ثم نكحها بعد ذلك ، فإن بقي من أجل يمينه أكثر من أربعة أشهر عاد مولياً . وإن لم يبق منه إلا أربعة أشهر فأدنى م يكن مولياً^(٢) .

(١) ونحن بتمامها وإن قل ما بقي منها ولو يوم أو ساعة .

انظر : التواتر ولزادات ل/٣٦٦ ب .

(٢) انظر : للمؤنة ١٠٢، ١٠٣ ، تهذيب المسونة ص ١٢٦ .

[الباب السابع] في إيلاء العبد والكافر

[فصل ١ — في إيلاء العبد]

وقد جعل الله تعالى حد العبد نصف حد الحر^(١) ، والطلاق والإيلاء من معاني الحدود ، ويجزآن إلى ما يوجبها .

قال مالك : وطلاق العبد تطليقتان . إذ لا تنقسم الطبقة ، وأجله في الفقد والاعتراض والإيلاء نصف أجل الحر^(٢) .

قال ابن القاسم : وإذا آلى العبد ، ثم عتق وقد بقي من أجل إيلائه شهرٌ فلزوجته إيقافه لتتم أجل العبد ، ولا ينتقل إلى أجل الحر كاست هي حرة أو أمة ألا ترى أن مالكا قال في عبد طلق زوجته تطليقةً وهي حرة أو أمة ثم عتق بعد ذلك : فإنما يبقى له من طلاقه فيها تطليقة واحدة^(٣) .

ابن المواز : ولو كان بإلاؤه مما يؤتلف فيه ضرب الأجل بالرفع فرفعه بعد عتقه ، ضرب له أجل الحر^(٤) .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا آلى العبد من زوجته وهي أمة فرفعه بعد شهرين فلم يفي فطلقها عليه اسلطان ، ثم عتقت وهي في عدتها لم تنتقل إلى عدة الحرائر ، لأن مالكا قال في الأمة تعتق وهي في العدة من طلاق يحدك لزواج فيه الرجعة أم لا : إنها تبني على عدة الأمة ولا تنتقل إلى عدة الحرائر ، لأن العدة قد لزمها يوم طلقها زوجها وهي أمة ، فلا يلتصق إلى العتق في ذلك .

(١) يشير إلى قوله تعالى في الإساءة : ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِمَا خَشِيتُمْ عَلَيْهِمْ فَصَفُّوا عَلَى أَهْصَاتٍ مِنَ الْعَذَابِ﴾ . سورة النساء : آية ٢٥ .

(٢) فأجل إيلائه شهران . انظر : المدونة ٢/٢٠٠ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٣/١٠٤ ، تهذيب المدونة ص ١٢٦ .

(٤) التواذر والزيادات ل ٣٦٧/ب .

قال ابن القاسم : وإذا آتى لعبد من نسائه بعثى أو صدقة كان مولياً ، لأنه لو حنت ثم عتق لزمته يمين ، وسئل مالك عن عبدٍ حلف بعثى جارية إن اشترها ولم يذكر أن سيده أمره باليمين؟
فقد مالك : لأحب أن يشتريها وإن لم يأمره سيده باليمين ونهاه عن ذلك^(١) .

قال الشيخ : يريد: سواء أمره سيده باليمين أو لم يأمره ، إذا لم يأمره بالشرء لأنه يقول : أنت معتد في شرائك ، إذ لم آذن لك فيه ، فله أن يرد شراءه ، ولو آذن له في شرائها فهو إن كان قد أمره باليمين وجب عتقها ، وإن كان لم يأمره فله رد عتقها .

فصل [٢ - في إيلاء الكافر]

ومن المدونة : قل مالك : وإذا حلف الذمي بعثى ، أو طلاق ، أو بالله ، أو بصدقة ما يملكه ، أو بغير ذلك من الأيمان ألا يقرب امرأته ، ثم أسلم لم يكن مولياً ، وسقط عنه بإسلامه هذا كله ، ألا ترى أن طلاقه لا يلزمه ، فكذلك إيلاؤه ، لأن الإيلاء يجرى إلى الطلاق^(٢) .

[كمل كتاب الإيلاء بحمد الله وحسن عونه ، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً]

(١) انظر : المدونة ١٠٤/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٦ .

(٢) أي فله حكمه ، انظر : المدونة ١٠٥/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٦ .

[الكتاب الثاني عشر] كتاب اللعان^(١)

[الباب الأول] ما يوجب اللعان ، وصفته وعلى من يجب

[فصل ١ - في مشروعية اللعان]

قال الله تبارك وتعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ زَوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا
أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ . وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ
اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ . وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ
لَمِنَ الْكَاذِبِينَ . وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾^(٢) .

قال ابن شهاب : فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزوجين فحلفا بعد
العصر عند المنبر ، وفرَّق بينهما^{(٣) (٤)} .

(١) اللعان لغة : قال ابن فارس : اللام وبعين والنون أصل صحيح يدل على إبعاد وطرد ، يقال :
رجلٌ لَعْنَةٌ بالسكون : يلعنه الناس ، ولَعْنَةٌ : كثيرٌ لَعْنٍ ، واللعان : الملاعة .
انظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة (لَعَنَ) .

وشرعاً : هو حلف الزوج عى زب زوجته أو نفي حمها اللارم به وحلفها عى تكذيبه إن
أوجب نكولها حداً بحكم قاض .
شرح حدود ابن عرفة ٣٠١/١ .

(٢) سورة النور : آية ٦-٩ .

(٣) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ، باب ليه ٢٧٧/٣ رقم (١١٩) ، والبيهقي ، كتاب
اللعان باب أين يكون اللعان ٦٥٣/٧ رقم (١٥٣٠٦، ١٥٣٠٧) وفيه محمد بن عمر الواقدي
معروك انظر : التقریب ١١٧/٢ رقم (٦١٩٥) .

(٤) انظر : المدونة ١٠٧/٣ .

فكانت بعد سنة المتلاعنين ألا يجتمعا أبداً ، ولحق الولد بالأم ، وقامه عمر^(١) وابن عمر^(٢) .

قال الشيخ : وأجمع الناس^(٣) على ذلك ، فثبت البعد بدليل الكتاب ولسنة وإجماع / الأمة ، وكان ذلك لأن النسب يحق بالفرش . ولا يمكنه إقامة البينة أنه ليس منه ، ودعت لضرورة إني نفى نسب ليس منه ، فجعل له طريقاً إلى نفيه باللعن ، ولولا ذلك لم يكن له طريق إلى قطعه عنه ، وفسدت الأنساب ، واختلط لصحيح منها بالفاسد ، فهذا سببه والله أعلم^(٤) .
واللعن موضوع لشيئين ، لرفع نسب وسقوط اخذ بالقذف عن الزوج^(٥) .

[فصل ٢ — فيما يوجب اللعان]

ومن المدونة : قال مالك : وللعان يجب بثلاثة أوجه ، فوجهان مجتمع عليهما ، وذلك أن يدعي أنه رآها تزني كالمرود^(٦) في المكحلة ثم لم يطأها بعد ذلك ، أو ينفي حملاً يدعي قبله استبراء .
- قال محمد : بحیضة فقط ، لأننا علم به برئة الرحم ، قانه مالك وأصحابه لا عبد الملث فقال : ثلاث حيض ، ورواه عن مالك^(٧) . -

(١) أخرجه البيهقي ، كتاب اللعان ، باب ما يكون بعد اللعان للزوج من الفرقة ٦٧٣٧ رقم (١٥٣٥٩) .

(٢) لم أعثر على قول لابن عمر موقوفاً وإنما عثرت عليه مرفوعاً من روايته .
(٣) أخرجه البخاري ، كذب لطلاق ، باب يلحق الولد باللاعنة ١٨١/٦ ، ومسلم ، كذب اللعان ١١٣٢/٢ رقم (١٤٩٤) .

(٤) الناس " ليست في أ ، ب .

(٥) قال سقري : لأصل في القذف التحريم وإيجاب خد كد هو في لأجسي ، وإنما أيسح لزوج ضرورة حفظ النسب وشعاء البصدر ، ولما خرج من حير التحريم لم يناسب العقوبة باجند مطلق ، بل عند عدم ظهور الغرض الصحيح ، وجعل به غرض بالأيمان البحة . الذخيرة ٢٨٧/٤ .

(٥) نظر : التنقيح ٣٣٩/١ .

(٦) المرود : بكسر الميم اللين الذي يكحل به . اللسان ، مادة (رود) .

(٧) نظر : النوادر والزيادات ٣٧٢/ب .

والوجه الثالث : أن يقذفه بالرنب ولا يدعي رؤيةً ، ولا نفى حملٍ ، فأكثر الرواة يقولون : إنه يحد ولا يلاعن ، وقاله ابن القاسم مرة ، وقاله المخزومي وابن دينار ، وقالوا : إن نفى حملاً ولم يدع استبراءً جُلد الحد ، ولحق به الولد .
وقد بن القاسم مرة أخرى : إنه إن قذف ، أو نفى حملاً لا عن ولم يكشف عن شيء ، وقاله ابن نافع^(١) .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران رحمه الله أنه قال : إذا نفى حملاً ولم يدع استبراءً فلا يمكن من الدعان .

ولا تكون الحرة أخفض رتبةً من الأمة ، لأن لأمة إذا نفى سيدها حملها ولم يدع استبراءً لم ينتف الولد بهذا^(٢) .

قال ابن القاسم في كتاب لرجم : قال مالك : من ادعى رؤيةً وأقر أنه وصي بعدها حدٌ ولحق به الولد^(٣) .

قال الشيخ : واختلف في وصف الرؤية ، فقبيل : يجب أن يقول : رأيته كالمرود في المكحلة ، وقيل : تكفي دعواه الرؤية فقط .

قال الشيخ : فوجه الأولى : أن لعانه يحصل به المعرة على المرأة ، ويزمها الحد ويتنفي عنه الولد^(٤) ، فعُظ في تبين الصفة ردعاً إن^(٥) كان غير محقٍ ، كما عُظ في الشهادة^(٦) .

ووجه الثانية : قوله تعالى : ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ﴾^(٧) وظاهر هذا أن هذا القدر كافٍ ، والفرق بينه وبين الشهود أن به ضرورةً إلى القذف لنفسي ولغيره ليس منه ، ولا ضرورة بهم إليه .

(١) انظر : المتن ٣/١١٠، ١١١ ، تهذيب المتن ص ١٢٦، ١٢٧ .

(٢) تهذيب الضال ل ٣٩/٢ .

(٣) انظر : المتن ٦/٢٥٢ .

(٤) "الولد" ليست في ز .

(٥) "إن" ليست في أ .

(٦) أي بأنه لا يثبت الزن إلا بأربعة شهود بخلاف غيره من الحدود .

(٧) سورة النور : آية ٦ .

ووجه قوله^(١) : يلاعن^(٢) إذا قذف من غير إدعاء رؤية قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾^(٣) فعم ، ولأنه قذف مضاف إلى الزوجة فحاز تخفيفه باللعان كالمضاف إلى الرؤية .

ووجه قوله : بأنه لا يلاعن ويحد ، لأن اللعان يُتَخَلَّص به عن حد لقذف ، فوجب أن يحتاج إلى رؤية ، أصله الشهادة ، ولأن اللعان واقع على أفعولٍ يدعيها ، وذلك يتضمن الشهادة ، واعتباراً بالشهود .

وإنما قال : إذا اعترف أنه وطئ بعد أن قال : رأيته تزني ، إنه يحد ولا يلاعن لأن اللعان موضوع لرفع النسب ، ولا يمكن رفعه مع اعترافه بالوطء ، لأن الاعتراف بالوطء يوجب إثباته ، ويرفع ما ينفيه وهو اللعان ، فلما ارتفع اللعان لم يسق إلا أنه قاذف ، فوجب حده ، وأكثر هذا التوجيه للقاضي عبد الوهاب^(٤) .

[فصل ٣ - في صفة اللعان]

ومن المدونة : قل مالت : ويبدأ الزوج باللعان فيشهد أربع شهادات بالله ، يقول في الرؤية : أشهد بالله إنني لمن اصادقين لرأيته تزني - قال أصبغ : كالمروء في المكحلة^(٥) - ويقول في الخامسة : أن عنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، وتقول المرأة : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين ما رأيته تزني ، أربع مرات ، وتقول في الخامسة : أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين .

(١) أي ابن القاسم وقد تقدم قريباً .

(٢) في أ ، ب "أنه لا يلاعن" .

(٣) سورة النور : آية ٦ .

(٤) انظر : المعونة ٥٠٣/٢ .

(٥) أي ويقول : كالمروء في المكحلة . النوادر والزيادات ل ٣٧٢/أ .

قال ابن القاسم : ويقول الزوج في نفي الحمل : أشهد بالله لزنيته ، وتقول هي : أشهد / بالله مازنيته^(١) .
[٧/ب] أصبغ : وإنه يُلته^(٢) .

ابن المواز : وروى عيسى عن ابن القاسم أن يقول في نفي الحمل : أشهد بالله إني لمن الصادقين مَهْذُ الحمل مَنِي .
أصبغ : وحب إني أن يزيد : وَلَزْنِيْتِ .
قال أبو محمد : قول أصبغ ' وقد زنيته ، يُعَارِضُ فيه ، فقد تكون أَعْتَصَبْتِ .

قال أصبغ : وإن قال في الخامسة مكان "إن كنت من الكاذبين" : إن كنت كذبتها ، أجزأه ، ولو قلت المرأة في الخامسة في مكان "إن كان من الصادقين" : إنه لمن الكاذبين ، أجزأها^(٣) ، وكذلك لو استحلفها الإمام بذلك ، وأحب إينا مثل لفظ القرآن^(٤) .
وقيل : إن كان مريضاً بعث إليه الإمام عدلاً ، وكذلك المريضة إن لم تقدر أن تخرج .

ابن حبيب : والعان في المرض كإطلاق فيه ، وترثه لزوجته إن مات من مرضه ذلك ، وقوله مالك وأصحابه^(٥) .

(١) يشهد كل واحد منهما بذلك أربع مرات .

انظر : المدونة ١٠٥/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

(٢) أي وتزيد المرأة في كل مرة : وإنه لته . انظر : النوادر والزيادات ل ٣٧٢/١ .

(٣) لاتحاد المعنى .

(٤) أي يقول الزوج في الخامسة : "إن كنت من الكاذبين" وتقول المرأة : "إن كان من الصادقين" .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل ٣٧٢/١ .

وقال القاضي عبد الوهاب : وإنما بُدئ باستعان الزوج لورود النص بذلك^(١) وقد بدأ النبي صلى الله عليه وسلم هلال بن أمية^(٢) في العنان^(٣) ، فإن نكل حُدَّ لقوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَا يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾^(٤) ، وقوله عليه الصلاة والسلام هلال بن أمية : "البينة ، وإلا حُدَّ في ظهرك"^(٥) ، فإن اتعن سقط عنه الحد وانتقل إليها إلا أن تلتعن هي أيضاً ، وإنما ذلك لأن التعان جعل بمنزلة إقامة لبينة ، فلما كانت البينة تُسقط الحد عنه فكذلك اللعن ، ويدل على ذلك^(٦) أيضاً قوله تعنى عقيب ذكر لعن الزوج : ﴿وَيَذَرُوهَا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِإِلَهِهِنَّ﴾^(٧) ، وهي حجتنا على أبي حنيفة في قوله : لاحد عليها^{(٨) (٩)} .

- (١) يشير إلى قوله : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَتْ أَحْلَاهُمْ﴾ . سورة النور ، آية ٦ .
فبدأ الله تعالى بذكر لعن الزوج .
- (٢) هو هلال بن أمية بن عامر بن قيس الأنصاري الواقفي ، شهد بدرًا وما بعدها ، وهو أحد الثلاثة الذين تخفَعُوا عن غزوة تبوك ثم تاب الله عليهم .
- (٣) انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٥٧١/٣ ، الإصابة ٥٧٤/٣ .
أي على امرأته لما قذفها بشريك بن سعد ، وقد حرج لعن هلال بن أمية امرأته ابخاري .
كتاب الطلاق ، باب يَدُّ الرجل بالثلاثين ١٧٨/٦ ، ومسلم ، كتاب العنان ١١٣٤/٢ رقم (١٤٩٦) .
- (٤) سورة النور : آية ٤ .
- (٥) أخرجه ابخاري ، كتاب الشهادات ، باب إذا دعى أو قذفه أنه يلتمس البينة . ويطلق بطلب البينة ١٦٠/٣ .
- (٦) أي على أن التعان يسقط الحد عنه .
- (٧) سورة النور : آية ٨ .
- قال القاضي عبد الوهاب : فدل أن الحد قد لزمها بمعناه ، وأن لها التخلص منه بأن تلتعن .
المعونة ٩٠٢/٢ .
- (٨) أي إن نكلت ، بل تجس حتى تلتعن أو تصدقه .
نظر : مختصر القدوري مع شرحه الملباب ٧٥/٣ ، تحفة الفقهاء ٢٢٣/٢ .
- (٩) انظر : المعونة ٩٠١/٢ ، ٩٠٢ .

قال الشيخ : وذكر عن أبي القاسم بن الكاتب رحمه الله أنه قال: إن بدأت الزوجة باللعن فقل بن القاسم : لا يعاد عليها لعان^(١) بعد اللعان الزوج ، وقال أشهب : يعاد ، قال : وهو أحسن ، لأنها التعت قبل أخذها بما يوجب لعان الزوج من حدها أو اللعانها ، وقد قرئ له سبحانه : ﴿وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾^(٢) ، فموضوع لعانها إنما هو لئلا هو لئلا به العذاب عنها ، وقبل اللعان الزوج هو المطالب بقذفها ، إلا أن يتعن فيسقط عن نفسه حد القذف ، وتصير هي المطالبة بما أوجب لعانه ، فليس يمينها قبل لعانه مزيلاً ما يوجب لعانه بعدها^(٣) .

[فصل ٤ — فيمن يجب عليه اللعان]

ومن المدونة : قال مالك : واللعان يكون بين كل زوجين^(٤) ، كانا مملوكين أو أحدهما ، أو محدودين ، أو كتابية تحت مسلم ، إلا أن الكافرين لالعان بينهما^(٥) .

قال القاضي عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة : لا يكون إلا بين زوجين يكونان - أو أحدهما - من أهل الشهادة^(٦) ، لأنه عنده شهادة ، وعند يمين^(٧) ، ودليلاً أنه بين كل زوجين : قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ...﴾ الآية^(٨) ،

(١) في ز "الفعال" .

(٢) سورة النور : آية ٨ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٨/ب .

(٤) في أ ، ب 'واللعان من كل زوجين' .

(٥) انظر : المدونة ١٠٨/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

قل القرافي : وعدم اندراج الكفر بطلان عقدهما ، ولعدم توجه الحد عليهما في القذف .
النسخة ٢٩٧/٤ .

(٦) أي على الزوجين بأن لا يكونا كافرين ولا مملوكين ولا محدودين في قذف .

انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٥ ، مختصر القنوري مع شرحه الباب ٧٦٠٧٥/٣ .

(٧) انظر : الكافي ٦١٠/٢ ، المقدمات الممهدة ٦٣٣/١ .

(٨) سورة النور : آية ٦ .

فهذا عام ، ولأن الضرورة إلى نفي النسب داعية إلى ذلك ، وفائدة قولنا : إنه يعين ، أنه يصح ممن تقبل شهادته وممن لا تقبل شهادته ، ودليلنا قوله عليه لصلاة وسلام في حديث هلال بن أمية : "إن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك" ^(١) . فجاءت به على لنعت لمكرهه ^(٢) ، فقال صلى الله عليه وسلم : "لولا الأيمان بكان لي وها شأن" ^(٣) ، ولأنه ^(٤) مخافاً للشهادة بسخول النساء فيه ، ولما دخل هن في الشهادة عسى الزنا وتكرار لفظه ، ولعن المتنن نفسه إن كن ما يشهد به بخلاف ما هو به ، وجوازه من لفاسقين ومن ليس من أهل الشهادة ، وكذلك الأعمى ^(٥) .

(١) هو شريك بن سحماء بفتح السين وسكون حاء المهملة ، وهي أمه ، واسم أبيه عبدة بن مغيث بن جلد بن لعجلان البلوي حليف الأنصار ، كان شريك أحد الأمراء في القسم في خلافة أبي بكر ، وبعثه عمر رسولاً إلى عمرو بن العاص حين أذن له أن يتوجه إلى فتح مصر . انظر : الاستيعاب مع الإصابة ١٤٨/٢ . الإصابة ١٤٧/٢ .

(٢) أي الذي ذكره الرسول عليه الصلاة والسلام بقوله : "أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين صابغ لآيتين تحدلج الساقين فهو لشريك" .

أخرجه البخاري ، كتاب التفسير ، سورة النور ، باب ﴿وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ ٤/٦ .

وقوله : "تحدلج الساقين" أي تمتثلهما . انظر : غريب الحديث ٢٦٨/١ .

(٣) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب في اللعان ٦٨٨ ٢ رقم (٢٢٥٦) ، وأحمد ٣١٣/١ رقم (٢١٣٦) وفيه عبد بن منصور قال عنه لحافظ ابن حجر : صدوق روى بسند و كان يدلس وتغير بآخره . التقريب ٤٦٨/١ رقم (٣١٥٣) .

لكن الحديث أخرجه البخاري بسقط : "ولا مامسى من كتاب الله لكان لي وها شأن" . كتاب التفسير ، سورة النور ، باب ﴿وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ ٤/٦ .

(٤) أي اللعان .

(٥) انظر : المعونة ٨٩٩/٢ ، ٩٠٠ .

[فصل ٥ — في ملاعنة الأمة والكتابية]

ومن المدونة : قال مالك : وأم الأمة والكتابية / فلا يلاعن الزوج في قذفه [١/٨] بغير رؤية كان حرّاً أو عبداً ، إذ لا يحد قاذفهما ويلاعن فيهما إن أحب إذا نفى حملاً وادعى استبراء ، أو ادعى رؤية لم يمسه بعدها لحرف الحمل ، ولو شاء أن يلاعن في قذفها ليحق ذلك عليهما لم أمنعه من ذلك ^(١) ^(٢) .
ومن غير المدونة : قال سحنون في حرّ تحت أمة فبتاعها ثم ظهر بها حمل فأنكره أيا لعا ن ؟

قال : إن وضعت لأقل من ستة أشهر من يوم اشتراها وقد أصابها بعد الشراء فاللعان بينهما ، لأنه زوج ، وإن وضعت لستة أشهر فأكثر من بعد الشراء أو الوطء لحق به ، لأنه مما يشبه أن يكون من ميسس الملك ، وإن لم يمسه بعد الشراء فإن وضعت لما يشبه أن يكون من وطئه إن كان زوجاً وذلك لخمس سنين فأدنى فاللعان بينهما ، والله أعلم ^(٣) .

[فصل ٦ — في مكان اللعان]

ومن المدونة : ويلتعن المسلم في المسجد عند الإمام في دبر الصلوات ^(٤) بمحض من الناس ، ^(٥) وروى ابن وهب أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الزوج والزوجة فحلفا بعد العصر عند المنبر ^(٦) .

(١) "من ذلك" ليست في أ ، ب .

(٢) وإن لم يرد ذلك لم يكن عليه شيء ، لأنه لا حد عليه في قذفه إياها .

انظر : المتنونة ١٠٩/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

(٣) انظر : التوارد والزيادات ل ٣٧٣/ب .

(٤) وهذا من باب التغليظ فيه بالمكان والزمان .

(٥) لقوله تعالى في حد الزنا : ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ سورة النور : آية ٢ .

فيحضران هاهنا بجامع التغليظ .

(٦) سبق تخريجه ص ٩٠٦ .

قال مالك : وتلاعن النصرانية في كنيستها حيث تُعظَّم ، وتُغلب بالله ، وللزوج أن يحضر معها إن شاء أو يدع .

قال ابن القاسم : ولا تدخل هي معه المسجد لأنها تُمنع من المسجد^(١) .

قال ابن حبيب : قال مطرف : معنى قول مالك في المسلم تحته النصرانية فينفي حملها : إنها يتلاعن - يعني إن طاعت ، ولا تجبر لأنها لو أقرت بالزنا لم تحد ، وكذلك إن قال : رأيتها تزني ، فشاء اللعان خوفاً من ولد فيستن ، وترد هي في النكول في هذا إلى أهل دينها ، وقاله ابن عبد الحكم وأصبع^(٢) .

وقال ابن الكاتب : إنما جعل لها أن تلتعن إن شاءت لأن ذلك موجب لرفع عصمتها عنها ، ولنفي للعرّة التي لزمها بالتعنه ، وقد يكون التعنه يوجب عليها في دينها^(٣) حكماً فكان لها أن تلتعن لرفعها^(٤) .

[فصل ٧ - في حكم الصغير والصغيرة في اللعان]

ومن المدونة : قل : وللعان في قذف الصبي لامرأته الكبيرة ، إذ لا حد عليه إذ قذف أو زنى ، ولأنه لا يلحقه ولد إن كان . وإذا قذف الحر امرأته الحرة فقال : رأيتها تزني ، وهي لا يحمل مثلها من كبير أو صغير . فإنه يلاعن إذا كانت الصغيرة قد جومت وإن لم تبلغ الحيض ، وكذلك في قذفها إن كانتا حرتين مسمتين ليزيل حد قذفه ، وتستن الكبيرة ولا تستعن الصغيرة إذ لا تحد إذا نكلت أو أقرت أو زنت ، كما يلتعن المسلم زوجته الكافرة ، ولا تحد الكافرة إن نكلت أو أقرت أو

(١) انظر : المدونة ١٠٦/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

(٢) انظر : التوارد والزيادات ل ٣٧٦/ب .

(٣) في أ ، ب "ذمتها" ، وهو تحريف .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٨/ب ، ١/٢٩ .

زنت ، وقد قال الله تعالى : ﴿وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ ...﴾^(١) ، والصغيرة ممن لا عذاب عليها في إقرارها ولا في زناها^(٢) .

قل سحنون في كذب ابنه : وتبقى له زوجة إذا لاعن لأنه نفى عن نفسه الحد ، ولاتمتنع^(٣) هي ، وكذلك لو لاعن نصرانية وأبت هي أن تلتعن بقيت له زوجة إلا أن تلتعن هي فتقع الفرقة بينهما ، وكذلك في كتاب ابن المواز^(٤) .

[فصل ٨ — في لعان الأعمى والأخرس]

ومن المدونة : ويلتعن الأعمى في الحمل بدعوى الاستبراء ، وفي^(٥) القذف . لأنه من الأزواج فيحمل ما تحمله .

قال غيره : بعلم يده على المسيس لا برؤية .

قست : فالأخرس هل يلاعن إذا قذف بالإشارة أو بالكتاب؟

قال : نعم ، إن فقهه يقال له وما يقول^(٦) .

(١) سورة النور : آية ٨ .

(٢) انظر : للمدونة ١٠٨/٣ ، ١٠٩ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

(٣) في ب "وتلتعن" .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٧٦/أ .

(٥) في أ ، ب "أو بدل الراو" .

(٦) انظر : المدونة ١١٦/٣ ، ١١٧ ، تهذيب المدونة ص ١٢٨ .

فصل ٩ - في ذكر الأحكام المترتبة على اللعان

قال مالك : وبتمام اللعان تقع الفرقة بين الزوجين وإن لم يفرق بينهما الإمام ثم لا تلحل له أبداً ، وإن أكذب نفسه بعد تمام اللعان لم تحل له أبداً ولكن يُحد ويُلحق به الولد .

قال مالك : وتلك السنة عندنا لاشك فيها^(١) .

قال القاضي عبد الوهاب : وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم للزوجين^(٢) لما اتعنا : "حسابكما على الله ، أحدكم كاذب ، لاسبيل لك عيها"^(٣) . / [٨/ب]
ومن المدونة : قال ابن القاسم : لا أن يكذب نفسه وقد بقي من لعان الزوجة ولو مرة واحدة ، فيُحد ، وتبقى له زوجة ، ولو لاعن من نفي حمل ثم انقش لم تحل له أبداً إذ لعلها أسقطته وكنتمه^(٤) .

قال القاضي عبد الوهاب : وينتفي النسب باللعان الزوج وحده ، ولا يفتقر إلى التعان المرأة ، لأن التعانها إنما هو لإكذاب الزوج وإسقاط لحد عنها ، ولا يجوز أن يُثبت الشيء بما ينفيه^(٥) .

(١) قال ابن وهب : وقال ابن شهاب ويحيى بن سعيد وريعة بنحو ذلك .

انظر : المدونة ١٠٧/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

(٢) وهما عويمر العجلاتي وزوجته .

(٣) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب قول الإمام للمتلاعنين إن أحدكما كاذب فهل

مككما تأيب ١٠٨/٦ ، ومسلم ، كتاب اللعان ١١٣٢/٢ رقم (١٤٩٣) .

(٤) وقال القاضي أيضاً : ولأنه لم قطع النسب الذي هو أقوى من الفرائض كان بأن يقصع الفرائض

أول . انظر : المعونة ٩٠٨/٢ .

(٥) انظر : المدونة ١٠٧/٣ ، ١٠٨ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

(٦) انظر : المعونة ٩٠٦/٢ .

قال ابن القصار : وفُرقة المتلاعنين عندنا فسخ^(١) ، وبه قال الشافعي^(٢) ،
وقال أبو حنيفة : هي طلاقٌ بائن^(٣) ، وعندنا وعند الشافعي هو تحريمٌ مؤبد^(٤) ،
وقال أبو حنيفة : إن أكذب نفسه جاز أن يتزوجها^{(٥)(٦)} .
وفي كتاب ابن الجلاب : أن الملاعنة قبل البناء لاصداق لها^(٧) ، وهذا بناءٌ
على أصلهم أنه فسخ ، فذلك لم يجعل لها نصف الصداق .
ومالك في الموطأ : أن لها نصف الصداق^(٨) ، وهو مذهب المدونة^(٩) .
وقال ابن الجلاب فيمن شترى زوجته قبل البناء : أن لها نصف الصداق^(١٠) ،
وهذا خلاف قول مالك وأصحابه في المسألتين فاعلمه^(١١) .
قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران أنه قال في أهل الكتاب إذا تراضوا أن
يحكم بينهم في اللعان بحكم الإسلام فنكحت امرأة عن اللعان : فعلى قول عيسى
ترجم ، وعلى ما قال البغداديون لا ترجم ، لأن أنكحتهم فاسدة ، وإنما يجب على
من نكل منهم الحد كالملاعنين قبل البناء^(١٢) .

-
- (١) انظر : التفريع ١٠٠/٢ ، المتقى ٧٨/٤ .
قال أبو الوليد الباجي : وإنما حكمنا بكونه فسخاً لأنهما مغلوبان على إفرقة من غير إيقاع
موقع ، والطلاق لا يكون إلا بإيقاع مطلق .
(٢) انظر : الأم ٤١٧/٥ .
(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٥ ، تحفة الفقهاء ٢٢٢/٢ .
(٤) انظر : الرسالة ص ٢٠٤ ، التلخيص ٣٤٠/١ ، مختصر المزني مع الأم ٢٢٥/٩ .
(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢١٥ ، مختصر القدوري مع شرحه الباب ٧٨/٣ .
(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٩/ب .
(٧) انظر : التفريع ٣٩/٢ .
(٨) انظر : الموطأ ٤٤٦/٢ .
(٩) انظر : المدونة ١١٨،٣ .
(١٠) انظر : التفريع ٣٩/٢ .
(١١)، (١٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٩/ب .

[الباب الثاني]

في نفي الحمل بعد رؤيته مدة ، والإقرار به
وما يلزم في ذلك

[فصل ١ — في نفي الحمل بعد رؤيته مدة]

قال مالك : وكل مقيم مع زوجته بلديري حملها ولم ينتف منهن حتى وضعت فليس له أن ينتفي منه بعد ذلك كانت امرأة حرة ، أو أمة ، أو كتيبة^(١) ، وإن انتفى منه حين ولدته وقد رآها حاملاً فلم ينتف منه جلد الحد إن كانت زوجته حرة مسلمة ، لأنه صر قاذفاً ، وإن كانت كتيبة^(٢) أو أمة لم يُحد ، إذ لا يُحد قاذفهما^(٣) .

قال ابن القاسم : وإذا ظهر الحمل ، وعلم به ولم يدعه ولا انتفى منه شهراً ، ثم انتفى منه بعد ذلك لم يقبل قوله ، وضرب الحد إن كانت زوجته حرة مسلمة . وإن كانت كتيبة^(٤) أو أمة لم يُحد ويلحق به لولد . ويجعل سكوته هاهنا إقراراً منه بالحمل .

قلت : فلو رآه يوماً أو يومين وسكت^(٥) ، ثم انتفى منه بعد ذلك؟

قال : إذا ثبت البينة أنه قد رآه فلم ينكر ، أو أقر به ثم أنكر^(٦) بعد ذلك ، لم يكن له ذلك . وأما إن قدم من سفره فله أن ينتفي من الحمل وإن كان ظاهراً^(٧) .

(١) في ز "كفرة" في الموضع ثلاثة .

(٢) نظر : المدونة ١٠٩/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

(٣) في أ ، ب "ثم" بدل الواو .

(٤) "ثم أنكر" ليست في ر .

(٥) انظر : المدونة ١١٠، ١٠٩/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

فصل [٢] - في الإقرار بزنا زوجته وما يلزم في ذلك

قال مالك : ومن قال : رأيت اليوم امرأتي تزني ولم أجمعها بعد ذلك ، إلا
أنى قد وطئتها قبل الرؤية في اليوم أو قبله ، ولم يستبرئ فإنه يلاعن ، ولا يلزمه ما أتت
به من ولد إلا أن يطأها بعد الرؤية فلا يلاعن ويحد .

قال مالك : وإذا لاعن كما ذكرنا نفى بذلك الولد ، فإن قال : لأدري هل
هو مني أم لا ، لأنى كنت أطأ ولم أستبرئ ، فالولد إذا لاعن منفي .
وقد اختلف في ذلك قول مالك ، فمرة ألزمه الولد ، ومرة لم يلزمه الولد^(١)
ومرة قال : ينفيه وإن كنت حاملاً^(٢) .

قال الشيخ : فوجه قوله : إذا ظهر حمل بعد التعان فإنه لا يثبت به :
لأن أصل اللعان لنفي النسب ورفع الحد عنه ، فإذا كان كذلك فقد سقط الحد عنه
ويضمن ذلك نفى حمل إن حدث .

ووجه القول بأنه / يثبت به : أن الالتعان الماصي كان لإسقاط الحد ، لأنه [٩/٩]
لم يكن هناك حمل يعلم به فيقصد نفيه ، فإذا ظهر حمل احتج في نفيه إلى التعان
يخصه ، فإذا التعن على شرط لذي يلتعن به في رفع النسب سقط عنه وإلا جحى
به .

ووجه قوله : ينفيه وإن كانت حاملاً : لأنه كان^(٣) قصد نفيه بالتعانه إذا
كان ظاهراً والتعن ولم يدعه^(٤) .

(١) الولد " ليست في ز .

(٢) نظر : المتن ١١٠/٣ ، تهذيب المتن ص ١٢٧ .

(٣) " كان " ليست في ز .

(٤) نظر : المتن ٩٠٣/٢ ، ٩٠٤ .

ومن المدونة : قال ابن القاسم . وأحب مفيه إلي أنه إن كان بها يوم الرؤية حملٌ ظاهرٌ لاشك فيه أو وضعته لأقل من ستة أشهرٍ من يوم الرؤية أن الولد يلزمه ويلحق به إذا اتعن عسى الرؤية^(١) .

قال الشيخ : لأنه قد بان أن الولد يس بهذه الرؤية ، وهو إنما اتعن لها خاصةً فوجب أن يلحق بالولد به .

ابن المواز : وقال أشهب وعبد الملك وابن عبد الحكم : لا ينفيه إلا بلعان يدعي قبله استبراء ، ولا ينفى ولدٌ برؤية .

قال ابن الموز : وهو ادعى مع الرؤية استبراء كان منفيًا لاشك فيه^(٢) .

قال الشيخ : يريد : لأنه^(٣) إذا ادعى الاستبراء علم براءة الرحم من مائه . وقيل : ينفيه باللعان .

ووجه قوله : ينفيه وإن لم يدَّع استبراء ؛ فلأن دعواه الاستبراء لا يعلم حقيقته إلا من جهته ؛ فوجب أن يقبل قوله في هذا ، إذ لو شاء : قال : كنت استبرأت . قال الشيخ : والأول آيين .

ومن المدونة : وقال المخزومي : إن أقر بالحمس وادعى الرؤية لاعتن ؛ فإن وضعته لأقل من ستة أشهرٍ من يوم الرؤية فالولد منه . فإن كان لسته أشهرٍ فأكثر فهو للعان^(٤) ، وإن ادعاه بعد ذلك لحق به وحده^(٥) .

قال الشيخ : معنى قول المخزومي - والله أعلم - : إن أقر بالحمل وادعى الرؤية ، أي : أقر أنها حمت بهذا الولد وأنه ولدها ، ولكن رأيتها تزني منذ مدة

(١) انظر : المسونة ١١٠/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ن ٣٧٢ ب .

(٣) "لأنه" ليست في ز .

(٤) قال : واعترافه به ليس بشيء .

(٥) انظر : المدونة ١١٠/٣ ، ١١١ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

كذا ، فاعتبرنا إيلاده بعد الرؤية^(١) لأقل من ستة أشهر فيعلم أنه ليس لتلك الرؤية ، وإن ولدته لسته أشهر فأكثر جاز أن يكون لتلك الرؤية ، وقد التعن لها ، وادعى أن هذا بولد لها ، فهو كما هو التعن عليه .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ويلاع في الرؤية من لا يدعي استبراء ، فإن وضعت لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية لحق به الولد^(٢) ، ولا ينفعه إن نفى ولا يحد ولو قال بعد الوضع لأقل من ستة أشهر : كنت استبرأت ، ونفاه كان للعان الأول^(٣) .

ابن المواز : وقاله أشهب .

- قال الشيخ : لأنه ادعى مع الرؤية استبراء فقبل قومه في ذلك كما لو ادعاه من يوم الرؤية - .

وقال عبد الملك وأصبع : لا ينفي إلا بلعان ثان^(٤) ^(٥) .

قال الشيخ : لأن اللعان الأول إنما كان لرؤية^(٦) خاصة .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ثم إذا ادعاه وأكذب نفسه في الاستبراء لحق به الولد^(٧) وحُد ، إذ باللعان نفينا فصار قاذف^(٨) .

ابن المواز : لا يحد إذا نفى بلعان^(٩) الرؤية^(١٠) .

(١) في أ ، ب زيادة "حل ذلك" .

(٢) "الولد" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المدونة ١١٧/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٨ .

(٤) في ز "تام" ، وهو تحريف .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٧٢/ب .

(٦) في ز "للزوجة" ، وهو تحريف .

(٧) "الولد" ليست في أ ، ب .

(٨) انظر : المسونة ١١٧/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٨ .

(٩) في ز "لعان" .

(١٠) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٧٢/ب .

قال الشيخ : يريد محمد : أن لعان الرؤية الذي رفع به الحد عن نفسه بأن لم يرجع عنه ، ولا أكذب نفسه فيه ، وإنما أكذب نفسه في الاستبراء فبذلك لم يحد عنده ، لأنه لا يحد إلا من رجع عما رفع به الحد عن نفسه ، وهو الصواب .

[فصل ٣ - في ملاعنة من ولدت ولدين]

ومن المدونة : قال ابن لقاسم : وإذا ولدت امرأة ولدين في بطن [واحد]^(١) أو وضعت ولداً ثم وضعت آخر بعده لخمسة أشهر فهو حملٌ واحدٌ . فإن أقر الزوج بأحدهما ونفى الآخر حُدَّ فُلْحَقاً به جميعاً ، ولو وضعت الثاني لستة أشهر فأكثر ؛ فهما بطنان فإن أقر بالأول ونفى الثاني وقال : لم أطأها بعد ولادة الأول ، لاعن ونفى الثاني ، إذ هما بطنان . وإن قال : لم أجامعها من بعد ما ولدت الأول وهذا الثاني ولدي ، فإنه يلزمه ؛ لأن / الولد للفراش ، وسئل النساء ؛ فإن قلن : [٩/ب] إن الحمل يتأخر هكذا . لم يحد ، وكان بطناً واحداً ، وإن قسن : لا يتأخر ؛ حُدَّ وحق به ، بخلاف الذي يتزوج امرأة فسم بين بها حتى أتت بولد لستة أشهر من يوم تزوجت ؛ فإن أقر به الزوج وقال : لم أطأها منذ تزوجتها ؛ هذا يحد ويلحق به الولد^(٢) .

قال في كتاب ابن المواز : وكأنه^(٣) قال : حُمِلت من غيري ، ثم أكذب نفسه باستلحقه^(٤) .^(٥)

(١) من المدونة وتهذيب المدونة .

(٢) انظر : المدونة ١١١/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

(٣) أي عندما قال : هو بني ولم أطأها .

(٤) في ز " فاستلحقه " .

(٥) النور والزيادات ل ٣٧٣/أ .

قال في المدونة : فهذا يدلُّ على أن الحد قد وجب عليه .

قال الشيخ : يريد . ولا يسأل في هذا النساء كما يسألن في الأول .
ومن المدونة : ومن قدم من سفر فولدت امرأته ولدًا فنفاه والتعن ، ثم
ولدت آخر بعد شهر كان منفيًا باللعان الأول ، فهذا اللعان الأول ينفي كل ولد
لهذا الحمل ، فإن ادعى الولد الثاني كحد ولحقا به جميعاً ، ومن ولدت امرأته ولدًا
ميتاً ، أو مات بعد الولادة ولم يعنم به الزوج ، أو كان غائباً ، فلما قدم انتفى منه
فإنه يلاعن ، لأنه قاذف^(١) .

(١) انظر : المدونة ١١١/٣ ، ١١٢ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

[الباب الثالث]

جامع مسائل مختلفة من اللعان

[فصل ١ — في ملاعنة المغتصبة]

قال ابن القاسم : ومن زنت زوجته فحدث ، ثم قال : رأيتهما تزني . ولم يقذفها بالزنا الذي حدث له التعن^(١) ، فإن أكذب نفسه نكل ولم يحذ ، لأنه إنما قذف زانية ، ومن قذف امرأته وقد كانت اغتصبت التعن ، قال غيره : إن قذفها برؤية غير الغصب تلاعنا جميعاً ، وإن لم يقذفها وإنما غصبت واستمرت حاملاً فنفي الولد : لم ينف الولد إلا بلعن ولا لتعن هي إذ تقول : إن لم يكن منك كان من الغاصب^(٢) .

قال ابن المواز : هذا إن عرف الغصب بأن ترى متعلقةً به تدمى ، أو غاب عليها ، فأما إن لم يعرف إلا بدعواها فلا بد لها من اللعان وإلا رجعت^(٣) .
قال مالك في المختصر : وتقول : شهد بالله مازنيت ، ولقد غلبت على نفسي^(٤) .

قال ابن المواز : وتقول في الخامسة : إن غضب الله عليها إن كانت من الكاذبين .

قال : ولا يسقط الحد عن المغتصبة بتقررهما مع الزوج بالغصب وإن بان لحمل إلا أن يعرف الغصب كما ذكرنا^(٥) .

(١) "التعن" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ١١٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

(٣) (٤)، (٥) انظر : النواذر والزيادات ل ٣٧٣/١ .

[فصل ٢ — في إلحاق الولد لمن أنكر الحمل أو طلق قبل البناء]

قال^(١) : ومن أنكر حمل امرأته قبل البناء ثم مات فهو به لاحقٌ ، وقاله أشهب قال : ولها جميع الصداق ولالعان عليها ولها الميراث .

قال ابن القاسم : وإذا طلق قبل البناء وتقرارا أنه لم يمسه ، ثم مات ، ثم ظهر بها^(٢) حملٌ فقالت : هو منه ، فإنه لاحقٌ به ووارثٌ له ، ولا ترثه هي ، ولا يتم لها صداقها .

قال محمد : الصواب أن يتم لها^(٣) للحقوق الولد ، ولو مات قبل انقضاء العدة ورثته إذا كن الطلاق واحدةً ولاحدٍ عليها ، ولو ظهر في حياته واستلحقه لحق به ولم يحدد ويصير لها الصداق وله الرجعة ، وإن تمادى عسى إنكاره لاعن وزال عنه ، وإن نكل لحق به ، وإذا لاعن وزال عنه لم تكن له رجعة ولا تزاد على نصف الصداق ، وإن قبضت جميعه رددنا نصفه .

قال ابن المواز : وتحد هي إن لم تلاعن^(٤) .

(١) أي ابن المواز .

(٢) "بها" ليست في ز .

(٣) "لها" ليست في أ ، ب .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل ٣٧٣/أ ، ب .

[فصل ٣ — فيمن تزوج امرأة في العدة ثم أنكر الولد منها]

ابن المواز : ومن تزوج امرأة في العدة قبل حيضة فأتت بولد فهو للأول إلا أن ينفيه بلعان ، فإن التعن هو ولم تلتن هي كان بالثاني لاحقاً إن ولدت لسته أشهر فأكثر من يوم دخن بها^(١) الثاني إلا أن ينفيه ، فإن نفاه بلعان التعتت هي ، فإن نكست حُذَّت ، ولو التعتا ثم استلحقه الأول لحق به ولم يحد ، إذ م ينفه إلى زنا^(٢) .

[١٠/] وقال أصبغ في المستخرجة : من استلحقه منهما / لحق به وحده^(٣) .
قال ابن المواز : ولو كان الثاني هو مستلحقه دون الأول لحق به وحده ، لأنه كان نفيه له إلى غير أب ، ومن استلحقه منهما أولاً لحق به ثم لادعوى لثاني فيه ، ولو ادعاه الأول بعد لعانه وقبل لعن الثاني لم يقبل منه ، لأنه ابن لثاني حتى ينفيه ، ولو استلحقه كلاهما بعد التعانهما كان الأول أحق به وتحرم على الثاني للأبد التعن أو لم يلتن لأنه ناكح في عدة .

قال سحنون : ولا تحرم على الأول وإن التعن ، لأنها لم تلاعنه كالتي تفتصب فينفي الزوج حملها أنه يلاعن ولا تحرم عليه^(٤) .

وقال أصبغ : إذا تلاعنا جميعاً حرمت على الأول والثاني^(٥) .

قال الشيخ : قول سحنون أصوب .

(١) "بها" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٣٧٧/أ ، ب .

(٣) انظر : العتية مع بيباد والنحصيل ٤١٨/٦ .

(٤) والولد منفي . انظر : النوادر ولزادات ل ٣٧٧/أ .

(٥) انظر : النكت والفروق ل ٨٧/أ .

قال أصبغ في المستخرجة : ولو كن إنما تزوجها بعد حيضة فأتت بولدها لستة أشهر فأكثر فهو للآخر إلا أن ينفيه بلعان ، فإن التعن لم تلتعن هي وكان بالأول لاحقاً^(١) إلا أن ينفيه بلعان ، وتلتعن هي^(٢) فإن نكحت حدثت^(٣) .
وقد تقدم صدر هذه المسألة في كتاب العدة^(٤) وهذا تمامها .

[فصل ٤ — في نكول أحد الزوجين عن اللعان]

ومن المدونة : قال مالك : ومن نكل من المتلاعنين عن اللعان حُدَّ مكانه ، حد القذف عسى لزوج ، والرجم عسى الزوجة إن كانت ثيباً ، ولا توخر إلا في الحمل ، فإن كانت بكرًا فمئة جلدة .
قال ابن القاسم : وإذا أقامت امرأة بينة أن الزوج قذفها وهو منكّر حُدَّ ، لا أن يدعي رؤية فيستن ، ويقبل منه بعد جحوده^(٥) .
قال في كتاب ابن الموار : بخلاف لحقوق ، ويقول : أردت السر بإنكاره^(٦) .
وقال غيره^(٧) في المدونة : لا يقبل منه رجوعه لأنه أكذب نفسه ، ويحد^(٨) .

(١) لأن فرائشه قائم حين برئ منه الآخر .

(٢) قال في العتية : فتلتعن هي وهو هائم ، لأن الولد قد انقطع نسبه ولم يبق أبٌ يحق به .

(٣) انظر : العتية مع البيان والتحصيل ٤١٧/٦ ، ٤١٨ .

(٤) انظر ص ٥٩٦ ، ٥٩٧ .

(٥) انظر : المدونة ١١٢/٣ ، ١١٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

(٦) النوادر والزيادات ل ٣٧٥ ب .

(٧) أي غير ابن القاسم .

(٨) انظر : المدونة ١١٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

قال الشيخ : واختلف إذا لاعن لزوج وأبت المرأة اللعان ثم رجعت^(١) فقالت : تلاعن ، فقال أبو بكر بن عبد الرحمن : لها ذلك كالتّي تقرر بالزنا على نفسها ثم ترجع أن ها ذلك ، فلا فرق بينهما^(٢) .

قال الشيخ : ولأن نكولها تصديق للزوج أنها زنت فهو كإقرارها بالزنا ، فكما كان لها الرجوع في الإقرار محض : فكذلك الرجوع في هذا ، كالمرأة تقيم على زوجها بينةً بقذفه إياها وهو ينكر فيجب حده ، فكما كان له أن يحق عليها الزنا وتستن ، فكذلك هذه لها الرجوع إلى المعان^(٣) ، لأنهما في الوجهين يدفعن بذلك حداً وجب عليهما ، فهو بخلاف لحقوق ، وإن كان قد اختلف في رجوع الزوج ؛ فكذلك يجي الاختلاف في هذه المسألة^(٤) .

وسئل عنها أبو عمر فقال : قد جرت هذه المسألة قديماً واختلفنا فيها فقال فيها شيخنا^(٥) أبو علي بن حلسون^(٦) رحمه الله وغيره : لها الرجوع بمنزلة المقرّة بالزنا ترجع عن إقرارها .

قال : وكتب فيها الشيخ أبو تقاسم بن الكاتب رحمه الله شيئاً وبعثه إليّ فوافقته عليه ، وهو خلاف قول غيرنا ، وذلك أن الرجم يجب عليها بعد نكولها وإن رجعت ، لأن الزوج لما أحق ذلك عليها بشهادته أربع شهادات صار تلك الشهادات كالشهداء الأربعة الذين حضرو الزنا فعليها أن تأتي بما يقابل ذلك

(١) "ثم رجعت" ليست في ز .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٠ / ١ .

(٣) "إلى اللعان" ليست في ز .

(٤) "المسألة" ليست في أ ، ب .

(٥) "شيخنا" ليست في أ ، ب .

(٦) هو أبو علي حسن بن خلدون البلوي كان ركناً من أركان أهل السنة ، شديداً على أهل

البدع والروافض ، صاحب فقه كثير وهمة عالية جليل القدر مطاعاً ، قرأ على أبي الحسن القاسمي وغيره ، مات قتيلاً بالقيروان سنة ٤٠٧ هـ .

انظر : ترتيب المسالك ٦٢٤/٢ ، شجرة النور ص ١٠٥ .

ويكافئ شهادته ، فإن نكلت لم تكافئ شهاداتها شهاداته لنكولها^(١) .
 قال الشيخ : وقد ألف فيها الشيخ أبو القاسم بن الكاتب رحمه الله وأطال
 فيها^(٢) الاحتجاج وكثر ، فتركه لطوله ، والقولان محتملان لما قدمناه . وبالله
 التوفيق .

ومن قذف زوجته ثم بنت منه وتزوجت ثم أقامت بائناً^(٣) ، فإنهما
 يتلاعنان^(٤) ، ومن أبي منهما اللعان حد^(٥) .

فصل [٥ - في تصادق الزوجين على نفي الولد]

وهذا تصادق الزوجان على نفي الولد نفي^(٦) بلالغان وحدث الزوجة إن كان
 لها معه قبل ذلك سنين ، وقاله مالك والبيهقي .
 وقال أكثر الرواة : لا ينفي إلا بلعان وإن تصادقا على نفيه ، ورووه أيضاً عن
 مالك^(٧) .

قال الشيخ : يعنون إما / يلتعن الزوج ولا تلتعن المرأة لأنها مقرة بالزنا ، [١٠/ب]
 وإما تلاعن المرأة لتدفع عن نفسها حد الزنا لالتفي الولد : إذ لا يصح نفي ما ولدته ،
 بخلاف الزوج .

(١) انظر : تهذيب لطالب ل ٤٠/١ .

(٢) "فيها" ليست في ز .

(٣) أي أقامت دعوى على زوجها الأول .

(٤) لأن اللعان كان حده يوم قذفها .

(٥) انظر : المدونة ١١٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ .

(٦) "نفي" ليست في ز .

(٧) انظر : المدونة ١١٣/٣ ، ١١٤ ، تهذيب المدونة ص ١٢٧ ، ١٢٨ .

ابن المواز : قال بن القاسم : وهذا إذا ثبتت على قوله حتى تحمداً ، ثم لا يقبل منها قولها^(١) إن رجعت ، ولو رجعت قبل أن تحمداً عاد اللعان بينهما ، فإن نكل الزوج لحق به ولا يحمداً لأنها مقرونة^(٢) .

فصل [٦ - فيمن عرض بزنا زوجته]

ومن المدونة : من قال في زوجته : وجدتها مع رجل في لحاف ، أو تجردت له ، أو ضاجعته ، م يلتعن إلا أن يدعي رؤية الفرج في الفرج ، فإن لم تكن له بينة على ما ذكر فعليه الأدب ولا يحمداً^(٣) .

وقال بن المواز : وهذا تعريض لوقته لأجنبية حمداً ، وقد قيس : يحمداً ولا يلاعن ، وقيل : يؤذّب ولا يلاعن ، وهو رجع إذ قامت عليه فقل : بل رأيتها تزني ، كان له أن يلاعن ، قاله لي عبد الله بن عبد الحكم^(٤) .

فصل [٧ - في قذف الملائنة أو ابنها]

ومن المدونة : قل مالت : وعلى قاذف ابن الملائنة أو قاذف أمه أحد ، وقاله علي بن أبي طالب وبن عمر^(٥) وغيرهما^(٦) .

-
- (١) "قولها" ليست في أ ، ب .
 - (٢) قال : وينفي الوند ويرأ منه ، ولا يلتعن هي ، لأن الولد قد يكون من الفص . النوادر والزيادات ل ٣٧٣ / أ .
 - (٣) انظر : المدونة ٣ / ١١٤ ، ١١٥ ، تهذيب المدونة ص ١٢٨ .
 - (٤) انظر : لنوادر والزيادات ل ٣٧٦ / أ .
 - (٥) أخرج ثور بن عمر بن أبي شيبة ، كتاب الحدود ، باب في قاذف الملائنة أو ابنها ٥٠٥ / ٥ رقمه (٢٨٤٦١) .
 - (٦) كريمة وسيمان بن يسر وبن شهاب وناقع مولى ابن عمر والقاسم بن محمد . انظر : المدونة ٣ / ١١٥ .

ومن كتاب ابن المواز : قال ابن اقسام : ولو قذفها أحد بعد لعان الزوج وحده لأخرته حتى تتعن هي أو تنكل ، فإن التعنت حُدها ، وإن نكلت لم يحده ، وكذلك لو قذفها أحد بعد موتها وبعد لعان الزوج وحده لم يحده ، لأنه قد ثبت عليها بلعان الزوج حد الرن حتى تخرج منه بالتعانها ، وقاله عبد الملك .

وقال أشهب : من قذفها بعد لعان الزوج وحده عوجل بإحد .

وقول ابن لقاسم وعبد الملك أحب إلي ، وأما لو قذفها أحد قبل تمام لعان لزوج الحَدِّ ولم يؤخر ، وإن تأخر حتى التعن الزوج فلا يسقط عنه الحد إذا اتعنت^(١) .

ومن المدونة : وإن قال رجل لابن الملاعنة : ليس أبوك فلاناً ؛ فإن كان على وجه المشائمة حُدَّ له .

قال ربيعة : ومن لاعن زوجته ثم قذفها بعد تمام اللعان حُدَّ لها^(٢) .

ومن كتاب ابن المواز : وإذا لاعنها ثم قال : والله ما كذبت عليها ، أو قذفها ، قال محمد : لا يحده لأنه إنما لاعن لقذفها^(٣) .

قال سحنون في الذي قذف امرأته برجل معين فضرب لذلك لرجل الحد : سقط عنه اللعان^(٤) .

قال الشيخ : لأنه لما حُدَّ للرجل سقط عنه حده لزوجته كمن قذف رجلين فحُدَّ لأحدهما فلما سقط عنه الحد لها لم يجب عليه لعانها ، إذ لا يرفع به حدّاً وجب عليه لها ، وكما لو طيب باللعان لها فنكل فحُدَّ لها لسقط عنه الحد لرجل .

(١) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٧٥/ب .

(٢) انظر : الممونة ١١٥/٣ ، تهذيب الممونة ص ١٢٨ .

(٣) انوار والزيادات ل ٣٧٥/أ .

(٤) تهذيب الطال ل ٣٩/ب .

فصل [٨ — في نفي الولد ، أو الإقرار به بعد لعانه منه]

قال ابن القاسم : ومن قمت عليه بينة أنه أقر بولده لآعن منه وهو منكراً لحق به وحده ، ومن نفى ولداً بلعانه ثم زنت امرأة بعد ذلك ثم أقر بولده لحق به ولا يجد إذ صارت زانية ، ومن نفى ولداً بلعانه ثم دعاه بعد أن مات الولد عن مالٍ ، فإن كان لولده ولدٌ لحق به وضرب الحد .

قال ابن القاسم : وإن لم يترك ولداً لم يقبل منه ، لأنه يُتهم في ميراثه ويُحد ولا يرثه .

ومن انتفى من حمل زوجته سعاداً ثم أقر به بعد ما ولدت له حُد ولحق به ، فإن كان موسراً في مدة الحمل أو في بعضها رجعت عليه بالنفقة في مدة يسره^(١) ، وإن كان يومئذٍ معسراً لم ترجع عليه بشيء^(٢) .

فصل [٩ — فيمن أنكر لون ولده]

قال مالك : ومن أنكر لون ولده لزمه ولم يلاعن وذئب عرق نزعَه ، وروى ابن وهب أن أعرابياً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتي ولدت غلاماً أسوداً فأنكرته ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : " هل لك من إبل ؟ " قال نعم ، قال : / " ما ألوانها ؟ " قال : هي حمراء ، قال : " هل فيها من أورق ؟ " ^(٣) قال : إن فيها [١١]

(١) في أ ، ب "يسرة" ، وهو تحريف .

(٢) انظر : المدونة ٣/١١٥، ١١٦، ١١٩ ، تهذيب المدونة ص ١٢٨ .

(٣) الأورق من الإبل الذي في لونه يبيض إلى سواد ، والورقة : سواد في غبرة ، وقيل : سواد ويبيض كدخان الرمث يكون ذلك في أنواع البهائم وأكثر ذلك في الإبل .

انظر : اللسان ، مادة (ورق) .

لَوْرَقًا ، قال : "فَأَنَّى تَرَى^(١) ذلك حاءها؟" فقال : يرسل الله عِرْقُ نَزَعَهَا ، قال :
"فلعل هذا عِرْقُ نَزَعه" ولم يُرَخِّصْ له في الانتفاء منه^(٢) (٣) .

فصل [١٠ — فيمن قذف رجلاً معيناً بزنا]

ومن قال : رأيت فلاناً يزني بامرأتي ، لاعن وحدهً لفلان^(٤) .

فصل [١١ — في المرأة إن ضرب بطنها فألقت جنيناً وفي موت أحد الزوجين قبل التعانه أو بعده]

ومن ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً فانقضت منه الزوج والتعن فالغرة^(٥)
للأم ولم يرث الجنين معها ، وهذا مثل ابن الملاعنة إذا مات عن مالٍ ورثته أمه
وعصبته ، وإذا ماتت امرأة بعد التعان الزوج أو بعد أن نفى من لعانها مرةً واحدةً
ورثها الزوج .

قال مالك : وإن مات زوج بعد التعانه قيل للمرأة : التعني ، فإن أبت ورثته
ورُجِمَتْ ، وإن التعنت لم ترثه^(٦) .

(١) "ترى" ليست في ز .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب الصلح ، باب إذا عرض بنفي الولد ١٧٨/٦ ، ومسلم ، كتاب
اللعان ١١٣٧/٢ رقم (١٥٠٠) .

(٣) انظر : المدونة ١١٦/٣ .

(٤) وهذه المسألة لربيعية ، فأما التلاعن فيدفع عن نفسه شيئاً لا يعرفه ، وأما الحد فيكون عليه في
تسمية رجل ، ولو لم يسمه لم يضربه الحد ، وقوله مالك . انظر : المصدر نفسه ١١٥/٣ .

(٥) "الغرة" مكانها بياض في ب .

(٦) انظر : المصدر نفسه ١١٦/٣ .

ابن وهب : قال مالك : وإن ماتت بعد تمام لعنه وقبل لعانها ورثها ، إذ لعلها كانت تصدقه^(١) .

سحنون : قال مالك : إذ وجب المعان فماتت قبل لعان الزوج فلا لعان عليه^(٢) .

ابن المواز : قال مالك : وإذا مات الزوج قبل تمام لعانه فلا لعان عليها ولا عذاب وترثه ، وإن أتم لعنه ثم مات ولم تتعن هي ثم ماتت هي ورثته أيضاً ، وإن لم تمت قيل لها : تعني ، فإن التعت فلاميراث لها ولاعدة عليها للوفاة ، وإن نكلت ورثته ورجعت ، وروى البرقي عن أشهب : أنها ترثه وإن التعت ، لأنها الآن بانت منه .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا التعت قبله ثم ماتت هي فذلك مما لم يكن ينبغي ، فإما إذا كان فإنه يقل لزوج : التعت ، ثم لاميراث لك ولاحد عنيك ، فإن نكل ورثها وعنيه الحد .

قال ابن القاسم : ولو لم تمت لم أعد اللعان عليها .

وقال أشهب : بل يعاد اللعان عليها بعد لعان الزوج ، وكذلك في الحقوق إذا بدأ الطالب باليمين .

وذكر ابن حبيب عن مطرف عن مالك إذا التعت ثم مات قبل لعانها مثل ما ذكر ابن المواز وغيره^(٣) .

قال : وقال ربيعة : ترثه التعت أو لم تلتعن .

قال : وبهذا نأخذ ، ألا تره لو رجع قبل لعانها لبقيت له زوجة وحْد ، أولاترى لو ماتت قبل لعانها لورثها عند مالك^(٤) .

(١)، (٢) انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٧٤/ب .

(٣)، (٤) انظر : المصدر نفسه لـ ٣٧٤/أ، ب .

ومن كتاب ابن المواز : ولالاعان بعد طلاق بائن إلا في نفى حمل ، ولو قال في العدة من طلاق بائن : رأيته تزني ، وأراد أن ينفي ما ينفي من حمل فهذا يلاعن وإن لم يدَّع فيه استبراء ، وأما إن لم يذكر رؤية ونفى الحمل فإن ادعى الاستبراء هاهنا لاعن ثم تلتنع هي فإن نكلت رجعت .

وقال ابن سحنون عن أبيه في الذي طلق امرأته ألبتة ثم قال في العدة : رأيته تزني ، فقال ابن القاسم وروى مثله ابن وهب : أنه يلتعن ، وإن مات هو ^(١) بعد ^(٢) التلعان قيل لها : التعني .

قال بن القاسم : وعدتها ثلاث حيض ولا تتنقل .

وقال المغيرة : لا يحد ولا يلاعن ^(٣) ، وسحنون يميل إلى هذا .

وقال ابن المواز : إذا قذفها في العدة حد ولم يلاعن ^(٤) .

وذكر عن أبي القاسم بن الكاتب أنه قال : إذا لاعن ثم قال : ما كنت إلا صادقاً ، لم يحد ، والقاذف إذا قال بعد ما حد : ما كنت إلا صادقاً ، فإنه يحد .
ولفرق : أن المتلاعنين أحدهما صادق ^(٥) ، فم يحد إذ لعله كان صادقاً ، والقاذف إنما حدّ تكديماً له ، فإذا قال : كنت صادقاً ، فهو كالقاذف المبتدئ فوجب حده ^(٦) .

(١) "هو" ليست في ز .

(٢) في ب "قبل" .

(٣) في أ ، ب "لا تحد ولا تلتنع" .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل ٣٧٣/ب .

(٥) هكذا في جميع النسخ ، وفي تهذيب الطالبي "كاذب" ثم قال عبد الحق : إلا أننا لا ندري من هو منهما ، فإذا قال الزوج : ما كنت إلا صادقاً ، لم تحده إذ لعله كان صادقاً .

(٦) انظر : تهذيب الطالبي ل ٣٩/ب .

فصل ١٢ — في المرأة إن شهد عليها بالزنا أربعة أحدهم زوجها

ومن المدونة : وإن شهد على امرأة بالزنا أربعة أحدهم زوجها لاعن الزوج وحُدَّ الثلاثة ، وقاله ابن عباس وأبو أنزاد وابن شهاب وابن قُسيط وعبد الرحمن بن القاسم بن محمد^(١) .

ابن المواز : / قال مالك : فإن رجمه الإمام ثم علم بذلك لم يحُدَّ الثلاثة [١١٦/ب] ولاعن الزوج ، فإن نكل حد ويرثها إلا أن يعصم ، أنه تعمد لزور ليقنتها أو يقر بذلك فلا يرثها .

وإن قال : شهدت بالحق ، لاعن وإلا حُدَّ ولادية عيه ولاعلى ثلاثة .
ولاحد ولادية على الإمام لأنه مختلف فيه ، فليس هو بخطئ صريح ، كشهادة العبد ولنصراني ، وقنه أصبح إلا في الميراث ، فقال : لا يرثها لأنه التعن وليس بشاهيد فلا يخرج من تهمة العامد لقتل وارثه^(٢) .

قال محمد بن أبي زمنين : وإذا شهد على المرأة بالزنا أربعة أحدهم زوجها وعلم بذلك ؛ فإنه يقال للزوج : التعن ، فإن التعن قيل للزوجة : التعي ، فإن التعت حد الشهود الثلاثة ، وإن نكمت عن اللعن وجب عليها الحد وسقط الحد عن الثلاثة ، لأنه قد حق عليها ما شهدوا به ، وهكذا فسره ابن الماجشون^(٣) .

(١) انظر : المدونة ١١٨/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٨ .

(٢) النوادر والزيادات ٣٧٧/ب ، ٣٧٨/أ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٩/ب .

[فصل ١٣ — فيمن لم يرفع إلى السلطان بقذفه وفيمن أنكر ولد زوجته التي لم يدخل بها]

ومن المدونة : قال مالك : ومن قذف زوجته أو أجنبية فلم يرفعها إلى السلطان فلا شيء عليه .

قال مالك : ومن لم تعلم له بزوجه خلوة حتى أتت بولد فأنكره وأنكر المسيس ، وادعت هي أنه منه ، وأنه غشها ، وأنكر قولها وأتت به لستة أشهر فأكثر من يوم العقد وقد طلق أو لم يطلق ، لزمه إلا أن ينفيه بلعان فلا يلزمه ، ولا يكون لها إذا لاعن إلا نصف الصداق ولا سكنى لها^(١) ولا متعة ، وإن نكل حذاً ، يعني : ويلحق به الولد ويغرم انصداق^(٢) .

ابن المواز : قال ابن القاسم وابن وهب : وإن قذف الزوج : عقدت منذ خمسة أشهر ، وقالت هي : منذ أكثر من ستة أشهر ، وجاء حمل فلا بد من اللعان^{(٣) (٤)} .

[فصل ١٤ — في سكنى الملاعنة]

ومن المدونة : قال مالك : وللملاعنة السكنى .
قال ابن القاسم : لأنها في عدة من الزوج ، ولأنكح حتى تنقضي عدتها^(٥) .

(١) "لها" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ١١٨/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٨ .

(٣) وكذلك روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتية .

انظر : النوادر والزيادات ل ٣٧٣/ب .

(٤) قال ابن رشد : لأن العصة متينة والفراس معلوم ، فوجب أن يلحق به الولد إلا أن يتميه

بلعان . البيان والتحصيل ٤٢٠/٦ .

(٥) انظر : المدونة ١١٩/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٢٨ .

[فصل ١٥ — في عدم استحقاق الملاعنة للمتعة]

قال مالك : ولا متعة للملاعنة على [كل] ^(١) حال كانت مدخولاً بها أم لا سمي لها صداقاً أم لا .
قال ابن القاسم : لأن الفراق لم يكن من فعل الزوج وإنما جاء من قبيلها حين أنكرت ما قال ^(٢) .
وقال ابن الكاتب : بما منعت الملاعنة من المتعة لأن العان ليس بطلاق ، والمتعة إنما تكون لمطلقات ^(٣) ، كذا قيل فيها ^(٤) .

[فصل ١٦ — فيمن قذف زوجته وهي حائض أو نفساء]

قال ^(٥) : ومن قذف زوجته وانتفى من حملها وهي حائض أو في دم نفاسها فلا يتلاعنان حتى تطهر ^(٦) .

(١) من تهذيب المدونة .

(٢) فلما وقع اللعان بينهما والتعت وقعت الفرة .

انظر : المسونة ١١٩/٣ ، ١٢٠ ، تهذيب المدونة ص ١٢٨ .

(٣) كما في قوله تعالى : ﴿وَلَيْمَطْلَقَاتٍ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ . سورة لقمة : آية ٢٤١ .

(٤) انظر : تهذيب الصال ل ٣٩/ب .

(٥) أي ابن القاسم .

(٦) انظر : المدونة ١١٩/٣ ، ١٢٠ ، تهذيب المدونة ص ١٢٨ .

قال أبو محمد : يلاعن الزوج ^(١) ويَتَّانِي بها حتى تطهر ^(٢) .
 قال ابن القاسم : وكذلك إن حن أجل التلوم في المعسر بالنفقة ، أو العنين ،
 أو غيره والمرأة حائضٌ فلا تطلق عليه حتى تطهر إلا المولي فإن مالكا قال فيه : إذا
 حن أجله فأوقفه السلطان وزوجته حائضٌ ^(٣) فلم يفتى طلق عليه . وروى أشهب
 عن مالك : لا تطلق عليه حتى تطهر ^(٤) ، وقد تقدم هذا ^(٥) .

^(٦) كَمَلَّ كتاب اللعان بحمد الله وحسن عونه . وصلى الله على سيدنا محمد وعلى
 آله وصحبه وسلم

-
- (١) أي إن شاء تعجيل ذلك مخافة أن ينزل به ما يرفع عنه اللعان فيزومه الولد .
 انظر : النوادر والزيادات لـ ٣٧٢/أ .
 (٢) لأنه من الطلاق . انظر : المصدر نفسه لـ ٣٧٢/أ .
 (٣) "حائض" ليست في ز .
 (٤) انظر : المدونة ٣/١٢٠ ، تهذيب المدونة ص ١٢٨ .
 (٥) أي في كتاب الإيلاء ، انظر ص ٨٩٧ .
 (٦) "كمل كتاب... الخ" ليس في ز .

[الكتاب الثالث عشر] كتاب الاستبراء^(١)

[الباب الأول] في استبراء الإمام في البيع وغيره

[فصل ١ — في مشروعية استبراء الإمام]

روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم سبي أوصاس : " ^(٢) لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تحيض " ^(٣) . وقال عليه الصلاة والسلام : " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره " ^(٤) ، فوجب أن كل من انتقل إلى

(١) الاستبراء لغة : قال ابن فارس : الباء و راء والهزمة أصلان ، أحدهما : الخلق . والثاني : اتباعه من الشيء ومزيلته ، قل الخليل : الاستبراء : أن يشترى الرجل جارية فلا يوطئها حتى تحيض ، وهذا من الباب لأنها قد برئت من الرية التي تمنع المشتري من مبشرتها .
انظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة (بَرَأَ) .

وشرعاً : الاستبراء : هو مدة دليل براءة الرحم لالرفع عصمة أو طلاق .

شرح حدود ابن عرفة ٣٠٨/١ .

(٢) في أ ، ب زيادة " ألا " .

(٣) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في وطء السبايا ٦١٤/٢ رقم (٢١٥٧) ، وأحمد ١٠٦/٣ رقم (١١٨٢٩) ، وإسحاق ، كتاب النكاح ٢١٢/٢ رقم (٢٧٩٠) وقال : صحيح على شرط مسلم ، ورواه الذهبي ، وقال ابن حجر : إسناده حسن ، التلخيص الحسير ١٧١/١ رقم (٢٣٩) .

(٤) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في وطء السبايا ٦١٥/٢ رقم (٢١٥٨) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في لرجل يشترى احرارية وهي حامل ٤٣٧/٣ رقم (١١٣١) ، وأحمد ١٣٣/٤ رقم (١٦٩٩٢) ، وابن حبان ، كتاب المسير ، باب الغلول ١٦٩/٧ ، رقم (٤٨٣٠) وصححه ، وقال الترمذي : حديث حسن ، وإسحاق ، كتاب النكاح ١٧٠ ، رقم (٤٨٣٠) من حديث ابن عباس ، كتاب البيوع ٦٤/٢ رقم (٢٣٣٦) وصححه ، ووافقه الذهبي .

ملكه ملكة أمة كانت في حوز غيره . بأي وجه ملكها ، أن يستترئها بحبيضة . إن كانت ممن تحيض ، ملكها ببيع ، أو إرث ، أو هبة ، أو صدقة ، أو وصية ، أو من مغنم ، أو بغير ذلك .

قال ابن وهب : / وقال ابن عمر ^(١) وابن مسعود ^(٢) وفُضَّالة بن عبيد ^(٣) وكثير من التابعين ^(٤) : من اشترى أمةً فلا يقربها حتى يستترئها بحبيضة ^(٥) . قال ربيعة وابن شهاب : هي السنة ^(٦) .

قال أبو بكر الأبهري : لاستيرء يجب بأربعة أوصاف : بالملك - يريد ^(٧) لا بالتزويج - قال : وأن لاتعلم براءة ارحم - يريد مثل أن ^(٨) يشتري مودعةً عنده تخرج - قال : وأن يكون له الوطاء مباحاً في المستقبل - يريد مثل أن يشتري ذات زوج .

قال : وأن لا يكون له الفرج حلالاً قبل الملك - يريد مثل أن ^(٩) يشتري زوجته - قال : فمتى سقط أحد هذه الأوصاف لم يكن بد من الاستيراء ^(٩) .

(١) في أ ، ب "عمر" والتصحيح من المدونة .

(٢) أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب عدة الأمة تباع ٢٢٦/٧ رقم (١٢٨٩٧، ١٢٩٠٠) .

(٣) هو فضالة بن عبيد بن سعد بن قيس بن صهيب الأنصاري الأوسي ، أسلم قديماً ، ولم يشهد بمرأ ، وشهد لاحقاً فمد بعدها من الشاهد ، ثم انتقل إلى الشام وسكن دمشق وبنى به داراً ، وكان قاضياً فيها لمعاوية ، توفي سنة ٥٣ هـ .

انظر : الطبقات ٢٨١/٧ ، الاستيعاب مع الإصابة ١٩٢/٣ ، الإصابة ٢٠١/٣ .

(٤) كالثقفي بن محمد وسالم بن عبد الله ويحيى بن سعيد وعطاء بن أبي رباح .

(٥)، (٦) ، انظر : للمدونة ١٤٤، ١٤٣/٣ .

(٧) "يريد" مكانها يباح في أ ، ب .

(٨) في أ ، ب زيادة "لا" في الموضعين والصحيح حذفها كما في النكت .

(٩) انظر : النكت والفروق ل ٧٩/ب .

قال عبد الوهاب : وإنما كفتها حيضة واحدة بقوله صلى الله عليه وسلم :
 "حتى تحيض"^(١) ، ولأنها تدل على براءة الرحم في الغالب ، ولا يتعلق بها عبادة
 كالعدة^(٢) .

ومن المدونة : قال مالك في آخر الكتاب^(٣) : وأحب ما سمعت إلي في التي لم
 تحض من صغير ومشها يوطأ ، أو اليانسة من الحيض إذا بيعت أن تستبرأ بثلاثة أشهر ،
 إذ لا يبرأ رحم في أقل من ذلك ، وعلى هذا أمر الناس .
 قال ابن وهب : وقاله عمر بن الخطاب رضي الله عنه وغيره^(٤) ^(٥) .
 قال الشيخ : لأن أقل ما يتبين فيه أمارات الحمل ثلاثة أشهر .
 ومن الواضحة : قال مالك : وتستبرأ الصغيرة إذ بلغت أن توطأ وإن أمِنَ
 منها الحمل .

قل ابن حبيب : وهذا شديد ، وقد روي عن كثير من السلف أنها إنما
 تستبرأ إذا قاربت البلوغ وخشي الحمل على مثلها ، لأنها قد تحمل قبل الحيض إذا
 قاربت ، فأما إن لم تقاربه ولا يحمل مثلها فلا تستبرأ ، وروي ذلك عن عمر وعلي
 وكثير من التابعين من الفقهاء^(٦) ، وإذا قاربت الحيضة ففي مبلغ استبرائها اختلاف :
 فقال سليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وجماعة من الفقهاء ومالك
 وأصحابه : بثلاثة أشهر .

(١) أي في الحديث السابق .

(٢) انظر : المعونة ٩٤٤/٢ .

(٣) أي كتاب الاستبراء .

(٤) كعمر بن عبد العزيز وبن شهاب ويحيى بن سعيد وربيعة وبكير بن الأشج .

(٥) انظر : المدونة ١٤٤/٣ ، تهذيب السنونة ص ١١١ .

(٦) وهم : سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وانقاسم وسالم والحسن والنخعي وعطاء المكي وبن

شهاب وأبو الزناد وربيعة وابن مَرْمَز .

وروي عن عمر وعني وابن المسيب وغيرهم : شهرٌ ونصف ، وقال بعض العلماء : شهرٌ ، وقال بعضهم : شهران ، سمعت ابن الماجشون يقوله ، ولأعلم من قاله بتسمية^(١) .

[فصل ٢ — في استبراء المستحاضة والمكاتبه]

ومن المدونة : قال مالك . ومن اشترى أمةً مستحاضةً ، فعلم بذلك فاستبأها ثلاثة أشهر ، إلا أن لا يبرئها ذلك وتشك فيرفع بها إلى تسعة أشهر ، والتي رفعتها حيضتها بمنزلتها .
- قال الشيخ : لأن التسعة أشهر هي الغلبة من مدة الحمل ، فالبراءة تقع^(٢) بها في الغالب^(٣) . -

قال ابن القاسم : إلا أن ترى المستحاضة دمًا توقن هي والنساء أنه دم حيض فتحل متى تراه ، لأن مالكًا قال في المستحاضة ترى دمًا وهي في عدة موتٍ ، أو طلاقٍ توقن هي والنساء أنه دم حيض فذلك قرءٌ تحنسب به .
قال : ومن كاتب أمته ، ثم عجزت أحبت له استبراءها إلا التي في يديه لا تخرج فلا شيء عليه^(٤) .
قال ابن حبيب : لا يطؤها حتى يستبرئ ، لأن فرجها كان ممنوعاً من وطئه ، فكان ملكه زال عنها .

(١) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٣/١ .

(٢) "تقع" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المعونة ٩٤٥/٢ .

(٤) انظر : المدونة ١٢١/٣ ، ١٢٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨ .

[فصل ٣ — في استبراء المغتصبة]

ومن المدونة قل : وعليه في المغصوبة ترجع إليه الاستبراء إن غاب عليها غاصب ، ولو اشتراها الغاصب بعد أن وطئها فليستبرئها من مائه الفاسد^(١) .
ورأيت لسحنون : إذا رجعت لسيدها فليستبرئها بنفسه بلامواضعة^(٢) ، لأنه قد أخذ مانقصها . وهذا إذا كانت من الوئحش ، وأما إذا كانت رائعةً رأيت سيدها بالخيار في أخذ القيمة ، أو أخذها ومانقصها ، لأن ذلك في لرائعة عيب شديدٌ يوجب له قيمتها .

[فصل ٤ — في استبراء من استحقت بحرية]

ومن المدونة : قال مالك : ومن اشترى أمةً فغاب عليها ، ثم سُتِحِّقَّت بحرية لم تنكح إلا بعد ثلاث حيض وإن تقاررا أنه لم يطأ ، ولو وطئها فلا صداق عليه ، لأنه وطئ بالملك / إلا أن يطأ عالمًا بحريتها فعليه اصداق والحد^(٣) .
قال ابن القاسم في غير المدونة : ولا تحد هي إن أقرت بالملك .
قال أبو بكر بن البَّاد : وقال المغيرة وابن الماجشون : وعليه لها صداق مشها وإن وطئ غير عالم .
قال سحنون : وقد قال ابن القاسم : ماتبين لي قولهما .

(١) انظر : المدونة ٣/١٢٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٨، ١٠٩ .

(٢) المواضعة شرعاً : هي أن يجعل مع أمة مدة استبرائها في حوز مقبول خيره عن حيضتها .

شرح حدود ابن عرفة ١/٣١١ .

(٣) انظر : المدونة ٣/١٢٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

وقال في الأخوين يتزوجان أختين فيغلطان بهما ، فتدخّل على كل واحدٍ زوجة أخيه فيطوها ، ثم ظهر على ذلك : إن لكل واحدةٍ صداقٍ مثلها عسى الذي وطئها^(١) .

وقد اختلف في الحر إذا بيع فاغتله المشتري ، فقيل : يكون للمشتري غلته مع كونه غير ضامن له لو هلك ، وقيل : لاغلة له .
ومن كتاب الاستبراء : وإذا سبى العدو أمةً ، أو أمً ولدي ، أو مدبرةً ، أو حرةً ، ثم رجعن ، لم توطأ الحرة إلا بعد ثلاث حيض ، وأولئك بعد حيضة ، ولا يصدقن كلهن في نفي الوطء ، لأن أهل الحرب قبضوهن على وجه الملك لا عسى وجه الوديعة^(٢) .

[فصل ٥ — في استبراء المرهونة والمودعة والموهوبة]

ومن رهن جاريةً ، أو أودعها فلا يسترئها إذا ارجعها ، ولو ابتاعها المودع بعد أن حاضت عنده أجزأه من الاستبراء إن كانت في بيته لا تخرج ، وإن كانت تخرج إلى السوق لم يجزه .

ومن وهب أمةً لرجل ، ثم ارجعها بعد غيبة الموهوب له عليها ، فليسترئها لنفسه ، لأنها قبضت على الحوز^(٣) .

قال الشيخ : ومعنى ارجعها : أن الموهوب ردها إليه فصارت كهيبة منه للواهب ، ولو وهبها له الأول على غير نوبٍ مسمى فأنابه أقل من قيمتها فم

(١) وهو قول مالك في المدونة وقال : ولا يوطأ كل واحدٍ زوجته حتى يقضي الاستبراء وهو ثلاث حيض .

انظر : المدونة ٢/٢٤٨ .

(٢) انظر : المصنف نفسه ١٢٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

(٣) انظر : المدونة ٣/١٢٢، ١٢٣ ، تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

يرضه فردها عليه ، فيكون عليه الاستبراء بلامواضعة ، لأن الوهوب قبضها على الحوز ، ولو سَمَّيا ثواباً لم يكن له أن يرتجعها منه إلا أن ينقضي الأمر الأول ، فتكون بقالة^(١) ، وإن أتابه بعد خروجها من مواضعة فعليه لاستبراء ، والمواضعة كالبيع .

[فصل ٦ - في استبراء من بيعت على المواضعة ثم رجعت إليه ومن وهبها لولده]

ومن باع أمة على المواضعة ثم رجعت إليه في المواضعة قبس أن تحيض أو يذهب معظم حيضتها فلا استبراء عليه ، ولو قبضها المبتاع لنفسه على الحوز لاعلى الأمانة في المواضعة ، ثم أقاله^(٢) فليستبرئ لنفسه وإن أقاله بعد يوم من مغيبه ، واهبة كذلك .

ومن وهب لابنه الصغير أو لكبير في عيانه جارية ، ثم اعتصرها فإن لم تكن تخرج وهي بيد الأب ولم يغيب لكبير عليها لم يستبرئ ، وإن كانت تخرج ، أو قبضها الكبير وغاب عليها فليستبرئ .

قال مالك : وإن وصنها الابن فلا اعتصار الآن فيها^(٣) .

قال الشيخ : اعلم أنه إذا قل الابن لكبير : ماوطنتها ، فلأب اعتصارها ، لإقرار الولد أن اعتصار الأب لها جائز ، ولو قال الابن : ووطنتها ، لم يكن للأب أن يعتصر ، وإنما مُنع الأب من اعتصارها لأنه قد حرّمها عليه وتغيّر حالها بذلك كحوالة عينها ، وحوالة عينها تمنعه من الاعتصار ، فكذلك هذا .

وحكي عن شيخ أبي الحسن أنه قال في قوله : إذا اعتصرها الأب بعد غيبة الكبير عليها فليستبرئها الأب : إنما قال ذلك لغيبها عن حوز الأب ونظره ، لا من أجل خيفة وطء الابن ، إذ لو كان كذلك لأمره ألا يطأها أصلاً ، فاعلم ذلك^(٤) .

(١) الإقالة شرعاً : هي ترك المبيع لبايعه بشمته . شرح حلود ابن عرفة ٣٧٩/٢ .

(٢) انظر : المدونة ١٢٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

(٣) التكت والفروق ل ٨١/١ .

[فصل ٧ — في استبراء من باعها على ابنه الصغير أو اشتراها من زوجته أو خالعتها عليها أو وهبتها له]

ومن المدونة : ومن باع عى بنه لصغير من نفسه أمة ، أو رجل ، يتاع أمة زوجته ، أو خالعتها عليها ، أو وهبتها له .

فمن كانت عنده لا تخرج لم يستبرأ ، وإن كانت تخرج فعليه الاستبراء^(١) .

ابن المراز : قال أشهب : إن كانت معه في دارٍ وهو الذبُّ عنها والناظر في أمرها أجزأه ، كانت تخرج أو لا تخرج^(٢) .

قال الشيخ : ووجه / هذا : فلأنها إذا كانت عنده وهو القائم بأمرها [١٣/أ] أشبهت أمته ، فكما لا استبراء عليه في أمته إذا كانت تخرج ، فكذلك هذه .

ووجه قول ابن القاسم : إنما رعى انتقال الملك مع كونها ليست في يد المشتري ، أو في يده لا تتصرف ، إذ قد يمكن السيد من وصنها إذا كانت تتصرف .

[فصل ٨ — في استبراء من لم توطأ]

ومن المدونة : قال مالك : ومن اشترى جاريةً مثلها يوطأ من رجلٍ لم يطأها أو من صبي ، أو امرأةٍ فلا بد من مواضعتها للاستبراء .

ومن أبضع مع رجلٍ في شراء جاريةٍ فبعث بها إليه فحاضت في الطريق فلا يقربها حتى يستبرئ لنفسه^(٣) .

(١) انظر : المدونة ٣/١٣٦ ، تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

(٢) النوادر والزيادات ل ٣٣/ب .

(٣) انظر : المدونة ٣/١٤٢ ، تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

وقال أشهب : بل تجزئه حيضتها في الطريق ، أو عند الوكيل ، ولا يسترأ من سوء الظن^(١) .

قال الشيخ : قيل معنى قول ابن القاسم : أن الوكيل تعدى في بعثه ياه مع غير من اتهمه الأمر ، فلذلك قال : لا تجزئه حيضتها في الطريق حتى يستبرأ لنفسه^(٢) .

[فصل ٩ — في استبراء من بيعت فحبت بالثمن]

ومن المدونة : ومن باع أمة فحبسها بالثمن أو لم يمنع المشتري من قبضها ، ولا سألها هو في ذلك ، وذهب هو ليأتي بالثمن ، فأتى فألفاها طامثاً^(٣) ففي أول ادم يجزئه ، وإن ألفاها في آخره وقد بقي منه يوم أو يومان ، أو بعد الطهر [فلا]^(٤) وليتواضعها إلا في الوحش فليقبصها وليستبرأ لنفسه ، ولو أمكنه البائع من الرثعة فتركها عنده أجزأته حيضتها على كل حال ، لأن سنيده^(٥) ياهها بمنزلة أن لو وضعها عند غيره^(٦) .

ومن العتية : قال ابن القاسم : ولو حبسها البائع بالثمن ثم وطئها فحمت فلاحد عليه للثبته ، ويأخذها المبتاع بقيمة الولد كالمستحقة^(٧) .

(١) النوادر والزيادات ل ١/٣٤ .

(٢) انظر : النكت والفروق ل ١/٦٩ .

(٣) أي حائضاً ، يقبل . طَمِثَتِ الْمَرْءُ تَطْمُتُ صَتْ وهي صَارَتْ أَي : حاضت ، وقيل : إذا حاضت أول ما تحيض . انظر : اللسان ، مادة (طَمَتَ) .

(٤) من تهذيب المدونة .

(٥) في أ ، ب "استودعه" .

(٦) انظر : المسونة ١٢٣/٣ ، ١٢٤ ، تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

(٧) انظر : العتية مع لبيان واتحصيل ١٤٥/٤ .

- قال الشيخ : يريد أنه وطئها بعد أن خرجت من الاستبراء ، وأما إن وطئها قبل خروجها من الاستبراء فحمت فإنها تكون له أم ولد ، ويعاقب ، كما قال في التي أمكنه منها .

قال ابن القاسم : ولو أنه أمكنه منها فتركها لمبتاع عنده فإن وطئها بعد أن استبرأه حُدَّ ، وإن كان قبل استبرائها لم يُحْدَ ، وعُوقِبَ عقوبةً مُوجِعةً ، وكانت له أمٌ ولد .

قال سحنون : وإن كانت من وَخْش رقيق ومنعه البائع من قبضها حتى يأتيه بالثمن ، فوصلها البائع فأولدها كنت له أم ولد ، لأن مصيبتها منه وعتقه فيها جائز إذا حبسها بالثمن . وكذلك يقول جميع أصحابنا : إن المصيبة من ابائع ، إلا ابن القاسم وحده فإنه كان يقول : المصيبة فيها من المشري ، فإن كان تركها عند البائع على وجه الوديعة فوطئها لزمه الحد ، ولا ينحق به الولد ، لأن مصيبتها من المبتاع^(١) .

[فصل ١٠ - في استبراء من بيعت في أيام حيضتها]

ومن المدونة : قال مالك : ومن ابتاع أمة في أول الدم أجزأه من الاستبراء ، وأما في آخره وقد بقي يوم ، أو يومان فلا ، وله المواضعة ، وإن ابتاعها فرأت عنده دماً لخمس أيا من حيضتها عند البائع لم يجزه من الاستبراء ، وهو كدم واحد . وتدع له الصلاة ، وإن رآته بعد أيام كثيرة يكون لها هذا حيضاً مؤثفاً فرأته يوماً أو بعض يوم . أو يومين ، ثم انقطع ، فإن قال النساء : إن مثل ذلك حيضة ، أجزأتها وإلا لم يكن استبراءً ، وإن لم تصل فيه حتى تقسم في الدم ما يستيقن ويعرف أنه استبراءٌ لرحمها^(٢) .

(١) انظر : المصدر نفسه ٤/١٤٥، ١٤٦ .

(٢) انظر : المدونة ٣/١٢٤، ١٢٥ ، تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

قال في كتاب ابن المراز : إلا أن تكون حيضتها قبل ذلك أكثر من هذا فلا يبرؤها حتى تقيم ما يعرف أنه استبراء لرحمها^(١) .

وقال في كتاب آخر : لا تكون الحيضة يوماً في عدة ولا استبراء .

واختلف في أقل حيض وأقل الطهر : فقيل : أقل الحيض خمسة أيام ،

وقيل : ثلاثة ، وقيل : أقل الطهر عشرة ، وقيل : ثمانية ، وقيل : خمسة ، وهذا في [١٣/ب] العدة والاستبراء ، وأم في غير ذلك فدفعه من دم توجب ترك الصلاة .

ومن المدونة : قال مالك : والثلاثة الأيام والأربعة الأيام والخمسة أيام إذا

طهرت فيهن ثم رأت لدم بعد ذلك فهو من الحيضة الأولى .

قال : ويسأل النساء عن عدة أيام الطهر ، فإن قنن : هذه الأيام تكون طهراً

فيما بين الحيضتين ، وجاء^(٢) على^(٣) هذه الأمة بعد هذه الأيام من الدم ما يقول

النساء : إنه دم حيضة ، ولا يشككن فيه ، أجزأه ذلك من الاستبراء وإلا فلا^(٤) .

(١) انظر : النور والزيادات ل ٣٣/ب .

(٢) في أ ، ب "وجب" ، وهو تحريف .

(٣) "على" ليست في أ .

(٤) انظر : المدونة ١٢٥/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

[الباب الثاني]

**في استبراء الأمة تباع ثم يستقال منها
أو يفسخ بيعها ، أو تتبرع من عبد
أو نرد بخيار أو بعيب**

[فصل ١ — في استبراء الأمة تباع ثم يستقال منها]

قال ابن القاسم : ومن باع أمة رائعة ثم تقايلا قبل التفريق فلا استبراء عليه وإن أقاله ، ومن غاب المبتاع عليها فإن أقمت عنده أياماً لا يمكن فيها استبراء ولو يوماً واحداً فلا يطرؤها المبتاع إلا بعد حيضة ، ولا مواضعة على المبتاع فيها ، إذ م تخرج من ضمان البائع بعد ، ولو كنت ونحشاً فقبضها على ثبات البيع والحوز ثم أقاله بعد مدة الاستبراء فيستبرئ البائع لنفسه أيضاً ، وإن كان إنما دفع الرائعة إليه اتئماناً له عسى ستبرئها فلا يستبرئ البائع لنفسه ، إذا ارتجعها قبس أن تحيض ، أو يذهب عظم حيضها ، ولو كانت عند أمين فلا استبراء عليه في الإقالة قبل حيضة ولو بعد طول المدة عند الأمين ، ولو تقايلا بعد حيضة عند أمين أو في آخره فلبائع على المبتاع فيها المواضعة لزمانه إليها .

قيل له : لم أوجب عسى لبائع أن يستبرئ لنفسه وجعلت له المواضعة عسى المبتاع إذا أقاله في آخر دمها ، وهي لم تحل للمشتري حتى تخرج من دمها؟ قال : لأنها إذ دخت في أول الدم فمصيتها من المشتري وقد حلّ له أن يقبل ، ويصنع بها ما يصنع الرجل بجاريته إذا حاضت ، ولأنها قد تحمل إذا وطئها في آخر دمها ، ولا أدري ما أحدثت إلا أن يقله في أول دمها ومعظمه فلا يرى عليه استبراء ولا مواضعة فيها كبيع مؤتلف من غيره ، وكذلك في بيع اشقص منها والإقالة منه .

ومن ابتاع شقصاً [من رائعة]^(١) فله المواضعة^(٢) .
وفي كتاب محمد : لا استبراء على البائع ولا مواضعة له على المشتري .
قال الشيخ : جعل كونها بيد أمين كما لو اتّمن ابتاع على استبرائها ثم
أقاله فيها قبل أن يذهب عظم حيضتها أنه لا استبراء عليه .

[فصل ٢ — في استبراء الأمة تباع ثم يفسخ بيعها أو يشتريها من عبده]

ومن المدونة :^(٣) قال : ومن باع أم ولد له أو مدبرته فسخ البيع ورُدَّت
فلتستبرأ إذا كان قد دفعها على الحوز وترك المواضعة .
ومن اشترى من عبده جاريتة ، أو انتزعها منه فيستبرئ - يريد إذا انتزعها منه
فليستبرئ ولا مواضعة فيها ، وإد اشترها بنفسه منه ففيها المواضعة^(٤) .

[فصل ٣ — في استبراء الأمة تباع ثم ترد بخيار]

ومن ابتاع جارية بالخيار ثلاثاً فتواضعها ، أو كانت ونحشاً فقبضها فاختار
الرد من له الخيار فلا استبراء على البائع ، لأن البيع لم يتم فيها ، وإن أحب البائع أن
يمتبرئ التي غاب عليها / المشتري وكان الخيار له خاصة ، فذلك حسن ، إذ لو [١/١٤]

(١) من تهذيب المدونة .

(٢) انظر : المدونة ١٢٥/٣ - ١٢٧ ، تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

(٣) في أ ، ب زيادة 'ومن ابتاع شقصاً من رائعة فله المواضعة' وقد تقدمت قريباً .

(٤) انظر : الملونة ١٢٨/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

وطئها المبتاع كان بذلك مختاراً وإن كان منهياً عن ذلك ، كما^(١) استَحِبَّ استبراء
التي غاب عليها الغاصب^(٢) .

[فصل ٤ — في استبراء الأمة تباع ثم ترد بعيب]

قال ابن القاسم : ومن اشترى جاريةً فردّها بعيبٍ فعلى البائع أن يستبرئ إذا
كانت قد خرجت من الحيضة ومصيبتها من المبتاع^(٣) .
قال ابن المواز : وفيها المواضع .

وروى أشهب عن مالك : أن ضمانها من البائع في الرد بالعيب ، وإنما
تتوضع ليعرف أبها حملاً أم لا ، فإن مات قبل ذلك فهي من البائع ، وطئها المبتاع
أم لم يطأ ، لأن البيع قد انتقض ، فكأنه لم يكن فيها بيعٌ قط .
قال : وإن كانت من الوَحْش فلا توقف وليقبضها المبتاع مكانه .
ابن المواز : وبالأول أقول .

قال مالك وابن القاسم : إنها من المبتاع ونفقتها عليه في الإيقاف في الرد
بالعيب حتى تمضي^(٤) .

قال الشيخ : وأعلم أن الرد بالعيب نقض بيع عند ابن القاسم أيضاً ، وقد
قال : إذا رُدَّت السلعة بعيبٍ رَدَّ السَّمْسَارُ^(٥) الْجُعْلَ ، وإنما وجبت المواضع في هذه

(١) في ب زيادة "لو" .

(٢) لأن لغاصب لا يؤمن عليها .

انظر : المدونة ١٢٨/٣ ، تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

(٣) انظر : المدونة ١٢٨/٣ تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

(٤) انوار ونزيادات ل ٣٣/ب .

(٥) سَمْسَار : بكسر أوله وسكون ثانيه سم وعِل من سَمَرَ ، وهو الوسيط بين البائع والمشتري .
معجم لغة الفقهاء ص ٢٥٠ .

المسألة ، لأن المشتري قبضها بريئة الرحم ، فيجب أن يرد لها ، كذلك قاله بعض فقهاءنا^(١) .

قال الشيخ : وظاهر قوله : إنه كبيع مبتدأ ، لأنه جعل ضمانها من لمبتاع ونفقتها عليه حتى تحيض ، وهذه صفة لبيع المبتدأ .

وقد قال ابن عبدوس : قال أشهب في الذي اغترقه الدين إذا أعتق فرد الغرماء عتقه فبيع لهم ، ثم رده مبتاعه بعيب قديم وقد استفاد سيده مالاً : إنه لا يعتق عليه ، وقال هاهنا في مسألة الجارية : إن الرد بالعيب نقض بيع ولا مواضعة فيها .

فابن القاسم ههنا جعله كشراء مبتدأ ، وقال في مسألة الفليس : إنه يعتق ، وجعله نقض بيع ولم يجعله كبيع مبتدأ ، وقد خالفا أصليهما^(٢) .

قال الشيخ : وقد جعل ابن عبدوس أن ابن القاسم جمعه في مسألة الأمة كبيع مبتدأ ، وإنما تكون احجة التي قدمنا لابن لقاسم إنه قبضها بريئة برحم فعلية أن يرد لها كذلك ، وعلى ما بينه ابن عبدوس أن كل واحد من ابن القاسم وأشهب اختلف قوله في ذلك ، فمرة رأى الرد بالعيب كتنقض بيع ، ومرة رآه كبيع مبتدأ ، فاعلم ذلك .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن لم تكن خرجت من الحيضة فلا استبراء عليه - يريد أن لا مواضعة للبائع على الذي يرد بالعيب ، لأنها لو هلكت قبل أن تحيض كانت المصيبة فيها من البائع .

وقال أشهب : لا مواضعة على الذي يرد بالعيب خرجت من الحيضة أم لا ، لأن الرد بالعيب نقض بيع وليس هو كبيع مبتدأ^(٣) .

(١) انظر : النكت والفروق ل ٨١/أ .

(٢) انظر : تهذيب الطائفة ل ٦٨/ب .

(٣) انظر : للمدونة ٣/١٢٨، ١٢٩ ، تهذيب المدونة ص ١٠٩ .

[الباب الثالث]

**فيمن لامواضعة فيها من حامل أو وخش
والتبري من الحمل
وهل تصدق الأمة في حيض الاستبراء؟**

[فصل ١ — فيمن لامواضعة فيها من حامل أو وخش]

قال مالك : ومن استبرأ جاريةً حاملاً فلا يتواضعها حتى تضع حملها ، وليقبضها المبتاع ، وينقد ثمنها ، ولا يوطؤها حتى تند ، وإن لُقت دمٌ أو مُضغَةٌ أو شيئاً يستيقن النساء أنه ولدٌ فاستبرؤها ينقضي به كما تنقضي به عدة الحرة ، وتكون به الأمة أمٌ ولد .

وإن ادعت الأمة أنها قد أسقطته فليسقط لا ينفي دمه ، وينظر إليها النساء فإن كان بها من ذلك ما يعلم أنها قد أسقطته أجزأها ذلك إذا ظهر ، وإلا لم تصدق خوفاً أن يكون رجباً فانفش ، وكذلك إن قالت : أسقطت من مدة عشرة أيام ، وانقطع الدم عني ، فلا تصدق ، ولا يصوِّها ابتاع حتى يستبرئ لنفسه بحيضة ، [١٤/ب] ولا حجة له في رد الثمن وطلب المواضعة . لأن البائع يقول : بعْتُها وهي ضاهرة الحمل يعرفه النساء ويشهدن عليه ، والنقد فيها جائز ، وقد انتقدت ولا أدري ما صار إليه أمر الحمل ، وإذ كنت الأمة من وخش الرقيق [لم] ^(١) يطأها البائع ^(٢) جاز بيعها بالبراءة من حملٍ غير ظاهر ، كان البائع قد استبرأها أم لا ، ويجوز فيها اشتراط ترك المواضعة وانتقاد الثمن ، ويقال سميت : سترئ لنفسه بحيضة مستقبلة قبل أن تصأ ، ثم لاردٌ سميت إن ظهر حملٌ ، لأن البائع قد تبرأ منه ^(٣) .

(١) من تهذيب المدونة .

(٢) في ب "المبتاع" .

(٣) انظر : المدونة ١٢٩/٣ ، ١٣٠ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ ، ١١١ .

[فصل ٢ — في التبري من الحمل]

وإن كانت راتعة ولم يطأه البائع فلا يجوز بيعها بالبراءة من حملٍ غير ظاهرٍ وإن كان البائع قد استبرأها ، ويفسخ البيع بينهما .

وفي هذا البيع أيضاً وجه آخر: أنه اشترط لتقد في المواضعة ولا بد فيها من المواضعة ، وإن كانت بينة الحمل جاز تباري البائع من حمل إن لم يكن منه ، وجاز فيها النقد ، ولا تصدق إلا في حيض الاستبراء إن ادعت الحيضة ولا في السَّقْط حتى يراها النساء ، لأن العهدة على البائع . ولا تسقط بقول الجارية إلا بالبينة التي تجوز في مثلها ، أو تبرئة المشتري مما نه أوقفت^(١) .

وفي كتاب محمد وابن حبيب : إن البيع جائز والشرط باطلٌ كبيعها بشرط ترك المواضعة ، وقبضها كالوُخْش ولم ينبر من حملٍ غير ظهري أن البيع جائز ويلزمان حكم المواضعة ، فكذلك هذا^(٢) .

[فصل ٣ — في الأمة هل تصدق في حيض الاستبراء؟]

ومن المدونة : وأما لحره فهي في ذلك كنه مصدقة ولا ينظر إليها أحد ، لأن الله عز وجل ائتمنها عليه فقال : ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُنَّ أَنْ يَكْتُمَنَّ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾^(٣) ، وهي الحيضة والحمل^(٤) .

قال الشيخ : ابن عبدوس : قال غيره : ومن باع جارية زانية أو معتدة فإن كان الزنا معروفاً أو لزوج فالبيع جائز ، ولا مواضعة فيها ، ولا ترد بحملٍ إن أمكن

(١) انظر : المدونة ١٣٠/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

(٢) انظر : المنتقى ٢٠٣/٤ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٤) انظر : المدونة ١٣٠/٣ .

أن يكون من ذلك الزنا تقرُّبه ، وإن كان الزنا و الزوج لا يُعرف فليبيع فاسدٌ ، لأنه أراد بذلك تجويز بيع الرائعة بلامواضعة ، وبإبراءة من الحمل^(١) .

قال بعض فقهاء : وقيل في المغتصبة : لامواضعة فيها كما قيل في الزانية المعنوم زناها وإنما عليه الاستبراء ، وهو واجبٌ إذا غاب عيها الغاصب ، ونفط لاستحباب الذي جرى في الكتاب إنما أراد به الإيجاب .

قال : ولامواضعة في أم لو لد إذا بيعت فردَّ بيعها ، إذ لو هلك في يد المتبايع كان ضمانها من البائع ، وأما المدبرة إذا بيعت فردَّ بيعها ففيها المواضعة ، لأنها لو حملت من امتبايع كانت له أمٌ ولدٌ ، ونفقتها على المتبايع ، فلارجوع له على البائع بما أنفق عليها في حال المواضعة إن خرجت من المواضعة^(٢) .

قال الشيخ : وعلى القول الذي إذا بيعت وعتقت يرد بيعها فلامواضعة فيها كأم الولد ، وكذلك القول في المكاتب والمدبرة .

(١)، (٢) انظر : تهذيب المطالب ل ٦٨/ب .

[الباب الرابع] في المواضعة وعدتها والنقد فيها

[فصل ١ — في المواضعة وسببها]

قال مالك في العتبية والمواضعة : أرى أن يُحْمَلَ الناس على المواضعة في الرأعة وفيما وطئه البائع من الوخش^(١) .

قال ابن حبيب : ويؤدب تاركها^(٢) .

قال ابن عبدوس : تتراضع لما يَتَقَى من الحمل فيها وإذا لم يلزم المبتاع تعجيل الثمن فيها بذلك لم يلزم البائع دفعها إلى المبتاع ، وفارق الحمل فيها سائر العيوب ، لأن^(٣) الظاهر من العيوب السلامة ، ولا يظهر له سببٌ يَتَقَى ، وهذه الغالب أن لا يؤمن منها الحمل وسببه قائمٌ ، فيصير النقد تارةً سلفاً ، وتارةً ثمناً ، وتصير [١/١٥] البراءة لها فيها غررٌ بينٌ ، بخلاف سائر العيوب التي الغالب منها السلامة ، وخرجت الوخش من ذلك ، لأن الغالب من حالها غير لوطء^(٤) ، فصار ذلك فيها كسائر العيوب في تعجيل قبضها ، وكذلك في البراءة من الحمل فيها فسم يكن لها حكم الرأعة^(٥) .

(١)، (٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٧/أ .

قال ابن رشد : وهي واجبة عند مالك وعمامة أصحابه لرفع الغرر والخطر والسلف الذي يجر المنافع . المقدمات الممهدة ١٤٥/٢ .

(٣) في أ ، ب "أن" .

(٤) قال أبو لوليد الباجي : واحتج لذلك بأن الرأعة يُنْقَصُ الحمل معظم منها ، والوخش لا ينقص منها ، فإن نَقَصَ فينقص منه اليسير ، والغرر الكثير يُفْسِدُ العقود دون يسيره .

المنتقى ٢٠٤/٤ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٧/أ .

[فصل ٢ — في المواضعة على يد النساء]

ومن المدونة : قال مالك : ومن شترى جاريةً من أعلى الرقيق فحب إلي أن تكون مواضعتها على يد النساء وهو الشأن^(١) .
وذكر عن أبي موسى بن مناس^(٢) : لا يجزئ في المواضعة امرأة واحدة ، ولا يد من امرأتين تشهدن [أن]^(٣) الأمة حاضت - أجراه مجرى حكم لشهادة .
وقال ابن الكتب وابن عبد الرحمن^(٤) : يجزئ في ذلك قول امرأة ، ولا يحتاج أن توضع على يد أكثر من امرأة ، وإنما هو من باب نقل الخير لا من باب^(٥) الشهادة^(٦) .

[فصل ٣ — في المواضعة على يد رجل]

ومن المدونة : وإن وضعها على يد رجل به أهل ينظرون إليها أجزأه ذلك ، وكره مالك ترك المواضعة واتتمان المبتاع على الاستبراء .

-
- (١) انظر : المدونة ١٣١/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .
(٢) هو أبو موسى عيسى بن مناس النواتي ، من كبار فقهاء إفريقية ونُهايتها والمُقدمين بها . تفقه بآب بن هشام ، وكان الاعتماد عليه في القيروان في الفتوى والتدريس بعد ابن أبي زيد ، ألف كتاب القصر ، وله تفسيرٌ لمسائل المدونة مُسطرة ، توفي سنة ٣٩١ هـ .
(٣) انظر : ترتيب المدارك ٦٢٤/٢ ، معام الإيمان ١٢٨/٣ .
(٤) من تهذيب الطالب .
(٥) هو أبو بكر بن عبد الرحمن الخولاني .
(٦) في أ ، ب زيادة "نقل" .
(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٧/أ .

قال ابن القاسم : فإن فعلاً أجزأهما إن قبضا على الأمانة ، لأن البائع أتمنه عسى ذلك ورضي بقوله ، وهي من البائع حتى تدخل في أول دمه^(١) .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ووضعها على يدي رجل عدل له أهل ينظرون إليها أحسن من وضعها على يد المشتري ، فإن وضعت على يد المشتري فجائز ، وهو مصدق ، إلا أن للبائع أن يبدو له فيضعها على يد غيره ، ولو وضعها بيد أجنبي لم يكن لأحدهما أن ينقلها عنه إلا أن يرى لذلك وجهاً^(٢) .

قال مالك : وإن اختلفا في الثمن وضع أيضاً بيد عدل ، ولا يجوز أن يوضع بيد البائع وإن طبع عليه^(٣) ، بخلاف الرهن يشترط الطبع عليه ، إذ ليس الرهن عين حقه ، وإنما هو توثيق ، والثمن في المواضعة هو عين حقه ، وكذلك الثمن في بيع الخيار وبيع الشيء مغائب لا يجوز انتقده وإن صبح عليه ، لأنه عين حقه^(٤) .

وأجاز في كتاب ابن المواز في بيع الخيار قبض المثلون الذي لا يعرف بعينه بشرط الطبع ، وإذا جاز في المثلون جاز في الثمن ، وهذا أقيس في السلامة من تارة سلفاً وتارة بيعاً^(٥) .

وقال في العتبية : ليس عليه أن ينقده حتى تحيض ، وليس عليه مواضعة الثمن إن طبع ذلك للبائع .

قل عيسى عن ابن القاسم : ولو تطوع بالنقد من غير شرط جاز ، ثم إن استيرت فليس له استرجاعه إلا أن تستمر حاملاً^(٦) .

(١) انظر : المدونة ٣/١٣١ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ن ٣١/ب .

(٣) أي طبع عليه «طابع وهو الحاتم الذي يحتم به . انظر : اللسان ، مادة (طَبَعَ) .

(٤) انظر : التكت والفروق ل ٨٠/١ ، تهذيب الطالب ل ٦٧/أ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل ٦٧/أ .

(٦) انظر : العتبية مع إيبان والتحصيل ٤/٨٤ ، ١١٠ ، تهذيب الصالح ل ٦٧/أ .

قال في كتاب^(١) [محمد]^(٢) : وليس له أخذه ليجعله بيد غيره^(٣) .
وقيل في قول محمد : لا يجوز أن يجعل بيد البائع وإن طبع عليه : إنه إن نزل
بقي الثمن مطبوعاً عليه لم يفسخ ، وإن تعدى عبه وانتفع به فهنا يفسخ^(٤) .
قال الشيخ : وإنما رى أنه إن نزل مضى ، لأن العقد وقع صحيحاً ،
باشتراط الطبع عليه ، وإنما كره خوف التعدي عليه .
وقد روي عن مالك فيمن أخذ ثوباً من البزازين^(٥) ونقد الثمن حتى يريه فإن
لم يرضه رده؟

قال : وإن كان قريباً وطبع على الثمن ، أو جعله على يدي عدل فحائز^(٦) .
قال أصبغ : وما بيع على المواضعة ، أو على معرفة المواضعة والاستبراء فإن
شرط النقد فيه يفسد البيع إلا أن يتطوع به بعد العقد فيجوز ، فأما ما بيع على
البت ممن لا يعرف المواضعة ، مثل بيع أهل مصر ، ومن لا يعرفها من البدان يتبعون
على النقد ولا يشترطون نقداً ولا مواضعة ، فهو بيع لازم لا يفسخ ، ويقضى عليهما
بالمواضعة^(٧) .

قال مالك في العتبية : ولو انصرف بها المبتاع وغاب عليها / رد إلى المواضعة [١٥/ب
ولاحجة للبائع بغيبته عليها وهو قد ائتمنه عليها^(٨) .

(١) في أ ، ب "الكتاب" ، وهو يومه بأن المراد المدونة .

(٢) من تهذيب الطالب .

(٣) التواتر والزبدات ل ٣١/ب .

(٤) ويحتمل أنه إنما شرط أن يكون بيده ليفس ماطهر من كسر الطابع والانتفاع به .

تهذيب الطالب ل ٦٧/ب .

(٥) البزازين : جمع بزاز وهو بائع القماش . انظر : معجم لغة الفقهاء ص ١٠٧ .

(٦) ، (٧) ، (٨) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٧/ب .

فصل ٤ - فيمن قبضت على شرط الحيازة وسقوط المواضعة

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فإن قبضها على شرط الحيازة وسقوط المواضعة ولم يشترط استيراء في المواضعة ، أو جهلاً وجه المواضعة فقبضها كالوُخْش ولم يتبرأ البائع من حمله لم يفسد البيع وألزمتهما حكم المواضعة ، فإن هلك في أمر لا يكون فيه استيراء فهي من لبائع . وإن هلك بعد مدة يكون فيها استيراء فهي من المبتاع^(١) .

ابن المواز : وذلك قدر الشهر ونحوه^(٢) .

[قال الشيخ] : وفي كتاب محمد قول آخر : أن البيع فاسد^(٣) ، خيفة أن البائع حط من الثمن لمكان ضمان المشتري إياها بالعقد ، فأوجب على المشتري نقد الثمن ، فإذا طرحنا شرطه وأوجبنا ضمان على البائع وحرمانه نقد الثمن الذي مقتضى البيع يوجب مضي ما حط من الثمن بغير فائدة ، قاله بعض القرويين . وإن باع بالمواضعة ثم أسقطها بعد عقد البيع فأجاز ابن لقاسم وأوجب نقد الثمن ، ولم يجوز ذلك سحنون ، لأنه يؤدي إلى رفع الضمان بانتفائه بالمبيعة^(٤) ويُعدُّ هذا زيادة فيها^(٥) .

(١) انظر : المدونة ١٣١/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

(٢) انظر : التوارد والزيادات ل ٣٢/ب .

(٣) المصدر نفسه ل ٣٣/أ .

(٤) في أ ، ب "بالمنفعة" ، وهو تصحيف .

(٥) قال ابن رشد : ويدخله على مذهب سحنون سبب جرّ منفعة ، لأنه عجل له النقد عما تعجل من منفعة الجارية .

انظر : المقسمات الممهّدات ١٤٩/٢ ، ١٥٠ .

[فصل ٥ — فيمن زعم بائعها أنه لم يطاء أو قال : وطئت واستبرأت]

ومن المدونة قال : وإن تبرأ البائع في العقد من الحمل وليس بظاهر ، وشرط قبضها كوخش الرقيق ، وزعم أنه لم يطاء ، أو قال : وطئت فاستبرأت ، وهي رائعة فسد البيع ، وهي من المبتاع من يوم قبضها ، وترد إلا أن تفوت فيلزم المبتاع قيمتها يوم القبض ، أقامت عنده مدة لاستبراء ، أو يوماً ، أو يومين^(١) .

ابن المواز : وهي من البائع حتى تخرج من الاستبراء في البيع الصحيح ففي الفاسد أخرى ، وكمن شرط النقد في بيع الخيار^(٢) .

[فصل ٦ — فيمن أقر بائعها بالوطء وشرط ترك المواضعة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو قرأ البائع بوطئها ولم يدع استبراءً وتبرأ من الحمل وشرط ترك المواضعة ، فهذا أيضاً فاسدٌ ، فإن هلكت في مدة لا يكون فيها استبراءً فهي من البائع ، ومولدت فهو به لاحق ، ولا ينفعه شرطه ، وإن هلكت بعد مدة فيها استبراءً فهي من المبتاع ، وعليه قيمتها يوم جعلناها تحيض في مثله ، لأن من ذلك اليوم وجب عليه ضمانها ، ولا ينفعه إن ادعى أنها لم تحض^(٣) .

قال الشيخ : والفرق عند ابن القاسم والله أعلم بأنه إذا أقر بالوطء فقد علقها بنفسه ، وإن أتت بولي لاحق به ، فوجب أن تكون في ضمانه إلى انقضاء أمر يكون فيه الاستبراء ، وإذا أنكر الوطء فلم يعقده بنفسه ، فلا يبحقه ولدٌ وإن أتت به ، فوجب أن تكون بالتقبص في ضمن المبتاع كسائر البيوع الفاسدة ، وفارقت

(١) انظر : المدونة ١٣٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

(٢) انظر : النواذر والزيادات ل ٣٢/ب .

(٣) انظر : المدونة ١٣٢/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

أيضاً مسألة بيع الخيار الذي^(١) حث عليه ها محمد ، لأن أمد الخيار الذي لضمان فيه من بائع اتفقا على إيقافه ، وفي هذه المسألة قد أسقط أمد المواضعة الذي لضمان فيه من لبائع ، وشرط قبضها كالوَحْش ، وإنما يشبه مسألة الخيار أن لو باع الجارية على المواضعة وشرط النقد فيها فها هنا تشبه المسألتين^(٢) ، والله أعلم .

قال ابن حبيب : إذا هلك في مثل ما لا يكون^(٣) فيه استبراء فهي من البائع بعد عین المبتاع أنها لم تحض عنده ، وقاه مالك - يريد : إذا أمكن أن تحيض عنده - .

قال ابن حبيب : ومعنى ما فيه استبراء إن كان وقت أيام حيضتها معروفة^(٤) فذهب قدرها فيه استبراء ، وإن لم تكن معروفة جعل على أغلب أحوال النساء ، وذلك شهر ، فإن مضى شهر قبل أن تموت فهي من المبتاع ، وإن ماتت قبله فمن البائع ، وإن لم تمت وجاء بها بعد شهر أو أكثر وقد حدث بها عيب فقال : لم تحض / ، فهو مصدق ، ويردها بعد شهرين وثلاثة بالعيب الذي زعم أنه حدث [١٦٦] قبل أن تحيض . واعيب تبع للحبضة ، فهو مصدق أيضاً أنها لم تحض ما لم تفت ، ولأنه لو لم يحدث بها عيب كان له ردها بعيب تأخير الحيض^(٥) .

ومن كتاب البيوع الأول لابن المواقار : إذا اشترط البراءة من الحمل ، أو ترك المواضعة رد البائع .

- قال الشيخ : فأفسد البيع بشرط ترك المواضعة ، وذلك خلاف الملوثة^(٦) .

قال بعض فقهاءنا : وهو القياس ، لأنه غرر ووضيعة من الثمن لسقوط الضمان عن البائع و طرح النفقة ، والله أعلم^(٧) .

(١) انظر : النكت والفروق ل ٨٠/ب ، ٨١/أ .

(٢) في ذ " ما يكون " .

(٣) لنوادر ولزادات ل ٣٢/ب ، تهذيب لطالب ل ٦٨/أ .

(٤) كما تقدم ، انظر ص ٩٦٣ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل ٦٨/أ ، ب .

وذكر عن أبي بكر بن أبي عبد الرحمن فيمن باع أمةً على المواضعة بثمن مؤجل : إن الأجل إنما يحسب من يوم خروجها من الاستبراء ، وتصير في ضمان المشتري ، بمنزلة السلع الغائبة .

وأجاب فيها أبو عمران : إن الأجل من يوم العقد ، إلا أنه لا بد أن يوسع الأجل توسعاً تنقضي المواضعة قبله ، لئلا يصير إلى النقذ في المواضعة^(١) .

(١) انظر : المصدر نفسه ٦٨٠/ب .

[الباب الخامس]

فِيمَنْ ابْتاعَ زوجته ، وكيف إن باعها أو استبرأها
من فسخ نكاحها ، أو بيعت بغير إذن ربها
ومن وطئ جارية ابنه

[فصل ١ - في استبراء من اشتراها زوجها
وكيف إن باعها أو استبرأها من فسخ نكاحها]

قال ابن القاسم : ومن اشترى زوجته قبل البناء أو بعده لم تستبرأ ، فإن
ابتاعها قبل البناء ثم باعها قبل أن يطأها ، أو بعد إن وطئ فليستري المتاع بحیضة .
- قال الشيخ : يريد وفيها المواضعة - .

وكذلك إن ابتاعها بعد البناء ثم باعها بعد أن وطئها فليستريها بمشتريها منه
بحیضة ، لأن وطأه فسخ لعدهتها منه ، ولو باعها قبل الوطء ههنا لم تحل له إلا
بحیضتين عدة فسخ النكاح^(١) .

قال غيره في كتاب ابن عبدوس : وفيها المواضعة ، لأنها إن كانت حاملاً
رجعت له أم ولد^(٢) .

قال أبو الحسن وغيره : إن الحيضة الأولى تكون في مواضعة ، وتبرئها
للمشتري^(٣) والثانية تتم بها عدة فسخ النكاح^(٤) .
وضمانها من المشتري ، لأنها تعد .

فإن قيل : فلم كان فيها الاستبراء ولم تكن كذات الزوج إذا بيعت والمعتدة؟

(١) لأن شراءه إياها فسخ لنكاحه .

انظر : المدونة ١٣٢/٣ ، ١٣٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ١/٦٩ .

(٣) في أ ، ب "البائع" والتصحيح من النكت .

(٤) النكت والفروق ل ٨١/١ .

قيل له : لأنه لما اشتراها زوجها صارت كامئة له كان يطؤها ، فإذا باعها فلا بد فيها من الموضعة خوفاً أن تكون حاملاً منه فتكون أمٌ ولدٍ له ، فإن وطئها الزوج بعد الشراء ذهبت العدة ولم يبق إلا أمةٌ مبيعةٌ توطأ ، فوجب فيها الموضعة . وقد قال مالك : ليس عليها إلا حيضة ، وطئ أو لم يطأ^(١) . ووجه هذا : كأنه رأى أن لعدة إنما تكون في الطلاق ، وما في فسخ النكاح فثبت فيه حيضةٌ كاستبراء المبيعات .

وأما إذا شترى ذات روج طلقها زوجها قبل البناء فقال ابن القاسم : لا يطؤها المشتري إلا بعد حيضةٍ ، لأنها أمةٌ مبيعةٌ^(٢) . وقال سحنون : يطؤها مكنه كم كن بائعها أن يطأها مكنه^(٣) .

قال في كذب ابن عبدوس : وروى بعها سيدها الأول وهي تحت زوج ، أو في عدة من زوج لم تكن فيها مواضعة ، وقبضها مكانها ، وإن ظهر بها حمل لم تُرد وكان رقيقاً ، وهي مخالفةٌ للمسألة الأولى .

ومن المدونة : ولو طلقها بعد لبناء واحدة ثم ابتاعها في العدة ، ثم باعها ، فإن كن قد وطئها بعد الشراء استبرأها مشترئها منه بحيضةٍ ، وإن لم يطأها بعد لشراء لم تحل لمشتريها إلا بحيضتين من يوم صلاقة ، ولو باعها بعد حيضةٍ لم تحل له إلا بعد حيضةٍ ثانيةٍ ، / ولو باعها بعد نقضاء العدة فاستبرأها حيضةً ، كان [١٦/ب] الطلاق واحدةً أو ثلاثاً^(٤) .

ومن كتاب العدة : ولو اشترى مكاتبةً زوجها بعد البناء ، ثم لم يطأها حتى مات أو عجز فعلى السيد فيها حيضتان من يوم الشراء ، وكان مالك يقول : حيضةً ، ثم رجع إلى هذا وهو أحب إلي ، لأنها معتدةٌ ، كمن باع معتدةً من

(١) وقد تقدم قريباً من قول ابن القاسم .

(٢)، (٣) انظر : المدونة ١٣٥/٣ .

(٤) لأنه اشتراها وليست له بمرأة .

انظر : المصدر نفسه ١٣٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

طلاق^(١) - يريد : إنها قولهُ لِمَالِكٍ في كل من اشترى زوجته من حرٍّ أو عبدٍ، ثم باعها أو أعتقها فإنها تستبرئ بحیضة، ثم رجع عنه إلى حیضتين ، ذكر ذلك في المختصر الكبير وكتاب ابن المواز -

ومن الاستبراء : وإن تزوجت أمةٌ بغير إذن سيدها ففسخ النكاح بعد البناء لم يمسها ، لا بعد حیضتين ، لأنه ستبرأ من نكاحٍ يلحق فيه الولد ، ويدراً عنه الحد ولاعدة عليها .

وقد قال بعض الناس : إنه نكاح .

ومن باع أمةً بغير إذن ربِّها ثم أجاز ربُّها البيع بعد أن حاضت عند المبتاع أجزأه كالمودعة^(٢) .

فصل [٢ - في استبراء جارية الابن إن وطئها الأب]

قال ابن لقاسم : ومن وصى حاريةً ، بنه فقومت عليه فليستبرئها إن لم يكن الأب قد عزلها عنده وستبرأها .

وقال غيره : لا بد أن يستبرئها لفساد وطئه وإن كنت مستبرأة عند الأب^(٣) .

قيل لابن القاسم : فلم جعلته يستبرئ والولد ينحق بالأب؟

قال : لأنه وطئ فاسد ، وكل وطئ فاسد فلا يطاق فيه حتى يستبرئ^(٤) .

قال الشيخ : وحكي عن ابن القابسي : إن قول ابن القاسم أحسن ، قال :

لأن الأب إذ تنذ بجارية بنه حرمت على الابن ، ووجبت على الأب القيمة .

(١) انظر : المدونة ٤٨٠/٢ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ١٣٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

(٣) لأن وطأه إياها كان تعميماً فلزمته لذلك لقيمة .

(٤) انظر : المدونة ١٣٣/٣ ، ١٣٤ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

وهذه لما كانت مستراً عند الأب فباول وضع يده عليها وجلسه بين فخذيه
وجبت عليه القيمة ، وصار وطؤه في أمة مستراً^(١) .
قال الشيخ : وهذا معنى قوله دون لفظه .

(١) انظر : النكت والفروق ٨١/أ .

[الباب السادس] في تزويج الرجل أُمته وقد وطئها أم لا

قال مالك رحمه الله : ولرجل أن يزوح أُمته [التي] ^(١) لا يطؤها بغير استبراء ^(٢) .

قال عنه بن وهب : ولا تستبرأ الأمة في النكاح ، ولا يتزوج أمة قد وطئها حتى تحيض حيضة من يوم وطئها ^(٣) .

قيل لمالك : أفلا يزوجه ويكف عنها الزوج حتى تحيض؟

قال : لا ، فإن زوجها بعد وطئها قبل أن تحيض حيضة ، ثم لم يطأها الزوج حتى حاضت حيضةً فالنكاح مفسوخ ، ولا يجوز نكاح إلا حيث يجوز الوطء إلا في دم النفاس ، أو في دم الحيض من غير معتدة ، أو من دخت من المعتدت في الحيضة الثالثة في الحرة ، أو الثانية في الأمة ، فإن النكاح يجوز في ذلك ، ولا توطأ حتى تطهر .

ومن زنت أُمته لم يطأها ولم يزوجه إلا بعد حيضة .

ومن ابتاع أمةً رائعةً فأقر البائع وطئها أو لم يقر ولم يحدد لم يزوجه حتى تخرج من الاستبراء ، إذ يحق بالبائع ما أتى به من ولدٍ إن ادعاه .

ومن باع أمةً من وَخَشِ الرقيق ولم يطأها وتبرأ من الحمل إن كان بها فلا يطؤها المبتاع حتى تحيض ، وله أن يزوجه قبل أن تحيض إن لم يكن بها حملٌ [ظاهر] ^(٤) كما كان لبائعها ، وأصل هذا أن تنظر إلى كل جارية كان للبائع أن يزوجه قبل أن يستبرئها فذلك أيضاً جائزٌ للمبتاع إذا قبها بعد الشراء ، فإذا لم يكن ذلك للبائع حتى يستبرئها كان المبتاع مشه ^(٥) .

(١) من تهذيب المدونة .

(٢) ، (٣) : انظر : المدونة ١٣٤/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

(٤) من تهذيب المدونة .

(٥) انظر : للمدونة ١٣٤/٣ ، ١٣٥ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

قلت : فإن كانت رائحة قابلتها وتواضعها أيجوز سببها أن يزوجه؟
قال : إذا قال البائع : لم أطها وإن كان حمل فليس مني ، ولم يتبرأ من
الحمل ، جاز البيع ، وللمبتاع قبولها في الموضوعة قبل حيضها ، وقبضها / على [١/١٧]
الرضى بالحمل إن كن بها ، ولا يجوز ذلك في أصل الثبايع^(١) .

قال ابن عبدوس : إن دفع البائع الرائحة إلى المبتاع بعد صحة العقد على أن
المبتاع راض بما ظهر بها من حمل أو غيره وم يكن لبائع وطؤها فابن القاسم يرى
أنه يتعجل قبضها على ما أحب لبائع أو كره ، كما له الرضى بحمل لو ظهر ، وإذا
قبضها على ذلك برضى البائع أو بغير رضاه فعليه تعجيل لثمن ، ولم ير سحنون
للمشتري تعجيل قبضها قبل الحيض ، لأنه يسقط الضمان عن البائع لتعجيل منافعه
بها ، وكذلك إن طاعا جميعاً بذلك ، فكأنه عجل له الثمن بما تعجل من منفعتها ،
فهو كسلف بنفع^(٢) .

قال أبو محمد : إنما تصح هذه العلة لو كان ليس له تعجيلها إلا برضى البائع
وأما على ما يجب له من ذلك وإن كره البائع فلا يصح ، فإن قلت : وم كان ذلك؟
قيل : كما له أن يرضى بحمل قبل أن يظهر .

ومن المدونة : قال ابن لقاسم : فإذا قبلها المبتاع جز له أن يزوجه مكانه
قبل أن يستبرأ كما كان للبائع ، ويحل للزوج وطؤها مكانه .

قال سحنون : كيف يزوج من لا يحل له وطؤها؟
قال ابن القاسم : وقد قل مالك فيمن باع أمة رائحة مثلها يتواضع للاستبراء
فظهر بها حمل فقبلها المبتاع به : إن ذلك له ، وهو كعيب حدث بها وليس لبائع
ردها إلا أن يدعي أن الحمل منه^(٣) .

(١) ثم قال : فإذا قبلها جز له أن يزوجه وهو بمنزلة عيب حدث بها اعصرت عنها أو قصعت
بها .

انظر : المدونة ١٣٤/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

(٢) انظر : النوازل والريادات ل ٣٢/أ ، ب .

(٣) انظر : المدونة ١٣٥/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

[الباب السابع] في استبراء ذات الزوج والمعتدة والمرتابة وما يحدث للأمة في المواضعة

[فصل ١ - في استبراء ذات الزوج]

قال ابن سقاسم : ومن ابتاع أمة ذات زوج فطلقت قبل البناء فلا يطؤها حتى تستبرئ بحبضة^(١) .

وقال سحنون : يطأ مكانه^(٢) .

وقال عبد الملك : لامواضعة في ذات الزوج وإن لم ين بها الزوج ، ولا ترد بحمل إن ظهر إلا أن تصعه لأقل من ستة أشهر من يوم تزوجها ، فلا يباحق به ، ويفسخ النكاح ، ولنمشتري ردها بعيب هذا الحمل ويفسخ البيع^(٣) .
وجرى لابن المواز في بعض الرويات : إذا اشترى زوجته ثم ظهر بها حمل لم يرده به ، ويرجع بقيمة عيب الحمل^(٤) .

قال بعض أصحابنا : فهذا خلاف المشهور من قولهم : إنه لامواضعة في ذات الزوج ، وهي بعقد الشراء في ضمان المبتاع ، ولادرك فيها بعيب على حال^(٥) .
قال الشيخ : لأدري لم هذا ، وإنما ينبغي ألا تُرد بعيب حدث من يوم الشراء ، إذ لامواضعة فيها ، وأما بعيب قديم لم يطلع عليه المبتاع فله الرد به كشراء العبد الذي هو بعقد الشراء من المبتاع .

(١)، (٢) نظر : المدونة ٣/ ١٣٥ ، تهذيب المدونة ص ١١٠ .

(٣) الوارد والزيادات ل ٣٥ ب .

(٤)، (٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٨ ب .

[فصل ٢ — في استبراء المعتدة والمرتابة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن اشترى معتدة من وفاة زوج فحاضت قبل تمام شهرين وخمس ليالٍ لم يطأها حتى تتم عدتها ، فإن نقضت عدتها أجزأتها من العدة والاستبراء ، وإن تمت عدتها ولم تحض بعد بيع انتظرت الحيضة ، فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر وينست من نفسها انتظرت ثلث تسعة أشهر من يوم الشراء ، فإن زالت الرية قبلها حلت ، وإن ارتابت بعدها بحسب بطن لم توطأ حتى تذهب الرية ، فإن استبرأت معتدة من صلاحي وهي ممن تحيض فارتفعت حيضتها فإذا مضت سنة من يوم الطلاق وليوم الشراء ثلاثة أشهر فأكثر حلت .

قال سحنون : لامواضة في معتدة كذات الزوج وهي بعقد اشراء في ضمان المبتاع .

قال ابن وهب عن مالك : ولا يجردها المبتاع لينظر إليها عند البيع ، ولا يتلذذ بشيءٍ منها حتى تنقضي / عدتها من صلاحي ، أو وفاة^(١) .

(١٧/ب)

وقال عبد الملك فيمن ابتاع معتدة من وفاة فانقضت عدتها بعد شرائه بيوم فلا يقربها حتى تحيض ، ولا مواضة في هذه الحيضة على البائع ، ولو حاضت بعد البيع قبل تمام العدة أجزأته ، وحلت بتمام العدة ، ولو ظهر بها حمل لم ترد به وإن وضعته لسته أشهر من يوم البيع^(٢) .

قال الشيخ : لأنه على ذلك دخر ، لأن الزوج كان مطلقاً عليها فلم يكن له في الحمل حجة .

وحكي عن يقاسي أنه قال : إن كنت معتدة من طلاق فرفعتها حيضتها فلاتوطأ إلا بعد سنة ، وإن قال القوابل بعد ثلاثة أشهر وقبل سنة : لا حمل بها ، فلاتوطأ إلا بعد حيضتين ، أو سنة لا حيض فيها ، وليست كالمعتدة من وفاة ، هذه

(١) انظر : المدونة ٣/١٣٦، ١٣٧ ، تهذيب المدونة ص ١١٠، ١١١ .

(٢) النوادر والزيادات ل ٣٥/ب .

إن قال القوابل بعد ثلاثة أشهر وقبل تمام التسعة أشهر : لاجل بها ، حل للمشترى وطؤها ، لأن العدة من الوفاة قد انقضت بمضي شهرين وخمس ليال ، والتربص لزوال الرية فمتى زالت حلت ، والمطلقة عدتها بعد التسعة أشهر التي لزوال الرية ، فأمرهما مفترق^(١) .

ومن المدونة : قال سحنون : وقد روي عن مالك اختلاف في التي تستبرأ وهي ممن تحيض ، فرفعها حيضتها بعد الشراء ، فروى عنه ابن وهب : إنها تستبرأ بتسعة أشهر .

وروى عنه ابن غانم^(٢) : إنها إذ مضت لها ثلاثة أشهر دعي لها القوابل ، فإن قن : لاجل بها ، فقد حلت .

قال شهب : وهي^(٣) أحب إلي ، لأن رحمها يبرأ بثلاثة أشهر كما يبرأ بتسعة أشهر^(٤) .

وقال مالك في موضع آخر : إذا رفعها حيضتها انتظرت ثلاثة أشهر ، إلا أن ترتاب فترفع بها إلى تسعة أشهر ، فإن زالت الرية قبل التسعة حلت ، وإن تبادت بعدها لم توطأ حتى تذهب الرية ، فإن تأخر حيض الأمة في البيع لمرض حدث بعد العدة^(٥) فرضيه المبتاع أجزأتها ثلاثة أشهر^(٦) .

(١) انظر : النكت والفروق ل ٨١/ب .

(٢) هو أبو محمد عبد الله بن عمر بن غانم الرعيي الفيروني ، كان فقيهاً ثقة نبيلاً ، ولي القضاء ، سمع من مالك وعبد الرحمن بن زياد بن أنعم وسفيان الثوري وغيرهم ، توفي سنة ١٩٠ هـ .
انظر : طبقات علماء إفريقية وتونس ص ١١٦ ، قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص ٣٠٤ ، شجرة النور ص ٦٢ .

(٣) أي رواية ابن غانم .

(٤) لأن الحمل يتبين في ثلاثة أشهر .

انظر : المدونة ٣/١٣٦ ، ١٣٧ ، تهذيب المدونة ص ١١١ .

(٥) في ' العقدة ' .

(٦) انظر : المدونة ٣/١٤٣ ، ١٤٤ ، تهذيب المدونة ص ١١١ .

وحكي أن أب موسى بن مناس سئل : ما فائدة التسعة أشهر وهي لا تبرأ إلا بعد زوال الريبة؟

فقال : معنى ذلك : أنها إذا حسّت شيئاً عند ثلاثة أشهر فارتفعت إلى تسعة أشهر كفتها التسعة أشهر إذا لم تزد تلك الريبة وبقية بحالها ، فأما إن زادت الريبة بالحسن والتحريك فحيثما تريد على التسعة أشهر حتى تذهب الريبة^(١) .

[فصل ٣ — فيما يحدث للأمة في الموضع]

ومن المدونة : وكل ما حدث بالأمة في الموضع من مرض أو هلاك ، أو عيب ، أو غيره فمن البائع حتى ترى حيضة مستقيمة ، والمبتاع بالخيار في حدوث العيب في قبوها بجميع الثمن ، أو ردّه ، فإن قبنها المبتاع فلاحجة للبائع^(٢) .
ابن وهب : وقضى عمر بن الخطاب أنها إذا ماتت في الموضع فهي من البائع^(٣) .

[قال الشيخ] : قال بعض فقهاءنا القرويين : وبأول دخولها في الدم صرت في ضمان المشتري عند ابن القاسم ، وحل له أن يقبل ويتلذذ^(٤) ، وخالفه ابن وهب وقال : حتى تستمر الحيضة لإمكان انقطاع الدم ، فلا تدخ في ضمان المشتري إلا بعد استحقاق الدم واستمراره .

ومن العتية : روى عيسى عن بن القاسم قال : واستبراء المستحاضة والتي رفعتها حيضتها ثلاثة أشهر إلا أن تستريب فتبلغ به تسعة أشهر ، وأما التي لا تحيض

(١) انظر : النكت والفروق ل ٧٩٩ ب ، ١/٨٠ .

(٢) نظر : المدونة ١٤٤/٣ ، تهذيب لمدونة ص ١١١ .

(٣) انظر : المدونة ١٢٧/٣ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٨ ١/١ .

إلا في ستة أشهر أو في الحور فثلاثة أشهر تبرئها إذا لم ترتب ، ولأنها والمرضع
 تريان / في عدة الوفاة بتمام أيامها إذا لم ترتب^(١) .
 [١٨/١]
 وروى عنه يحيى بن يحيى في التي لا تحيض إلا في ستة أشهر قل : لا يبرئها إلا
 الحيضة ، فإن ارتابت رفعت إلى التسعة أشهر ، وأما التي لا تحيض إلا بعد التسعة في
 نحو السنة فثلاثة أشهر تبرئها في الاستبراء ، إلا أن ترتب فتبغ التسعة .
 وأما المرضع فاستبرأؤها ثلاثة أشهر ، فإن ارتابت بلغت التسعة ، وكل من
 رفعت منهن إلى التسعة فهي في ضمان لبنع إلى تمامها ، ولا توطأ دون ذلك^(٢) .

(١) انظر : العتبية مع لبيان والتحصيل ١٠١/٤ ، ١٠١ .

(٢) انظر : المصالح نفسه ١١٥/٤ .

[الباب الثامن]

فِيمَنْ وَطئَ جَارِيَةً ثُمَّ اشْتَرَى أختَهَا أَوْ تزوجَهَا

[فصل ١ — فيمن وطئ جارية ثم اشترى أختَهَا]

روي أن عبي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : من وطئ جاريةً بمملك يمينه وعنده أختها فلا يوطئ الثانية حتى يعتق الأولى^(١) .
قال ابن عمر : أو يخرجها من منكه^(٢) .
قال ابن شهاب وغيره : يعتق أو تزويج أو بيع^(٣) .
وقد كره الجمع بين الأختين في الملك عثمان بن عفان والزبير بن العوام والتيمان بن بشير^(٤) صاحب النبي صلى الله عليه وسلم^(٥) .

-
- (١) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في الرجل يكون عنده الأختان مملوكتان فيطأهما جميعاً ٤٧١/٣ رقم (١٦٢٤٦) .
(٢) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في تحريم الجمع بين الأختين وبين المرأة وابنتها في الوطء ، مملكت اليمين ٢٦٧/٧ رقم (١٣٩٣٩) .
(٣) انظر : المسونة ١٤١/٣ .
(٤) هو التيمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي ، هو أول مولود من الأنصار بعد الهجرة ، كان كريماً جرّاداً شاعراً ، ولي الكوفة لمعاوية وأقام بها ، ثم ولي حمص ، ولما مات يزيد دعا التيمان لابن الزبير فقتله أهل حمص سنة ٦٥ هـ .
(٥) انظر : الطبقات ١٢٢/٦ ، الاستيعاب مع الإصابة ٥٢٢/٣ ، الإصابة ٥٢٩/٣ .
(٦) أخرج أثر عثمان والتيمان بن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في الرجل يكون عنده الأختان مملوكتان فيطأهما جميعاً ٤٧١/٣ ، ٤٧٢ ، رقم (١٦٢٥٩ ، ١٦٢٥١) .
(٦) المسونة ١٤١/٣ .

قال مالك فيمن وطئ أمة بالملك ثم ابتدع أختها ، أو عمتها ، أو خالتها لم يبطأ لثانية حتى يحرم فرج الأولى ، فإن وطئ الثانية قبل تحريم فرج الأولى وقف عن معاودة كل واحدة منهما حتى يحرم فرج واحدة^(١) .

قال ابن القاسم : فإن حرم فرج الثانية أقام على وطئ الأولى ، وإن حرم فرج لأولى لم يبطأ الثانية حتى يستري نفساد وطئه ، وليحرم فرج إحداهما ببيع ، أو نكاح ، أو بعث إلى أجل ، أو بما تحرم عليه^(٢) .
قال ابن الموز : ولا يبطأ الباقية حتى تخرج المبيعة من الاستبراء .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن ظاهر منها لم تحل له أختها ، إذ له الكفارة ، وكذلك إن باعها من عبده أو ابنه ، صغير أو يتيم في حجره ، إذ له الاعتصار والانتزاع بالبيع^(٣) .

ومن المدونة : قال : وكذلك إن زوجها تزويجاً لا يقرآن عليه ، أو باعها من أجنبي بيعاً فاسداً إلا أن تموت بالبيع الفاسد ، فتحل له أختها ، وإن باعها وبها عيوب حلَّت له أختها ، وهو بيع تام حتى يردّها ، فإن أسرت أو أبقت إياها بإسار حلَّت له أختها .

قال : ومن اشترى أختين وطئ أيتها شاء ، فإن وطئهما ، ثم باعهما ، ثم اشتراهما في صفقة واحدة وطئ أيتها شاء ، فإن وطئهما ثم باع واحدة ، أو زوجها فلم يبطأ الباقية حتى رجعت إليه تلك فلا يبطأ إلا لباقية لا الراجعة ، فإن وطئ إحداهما ، ثم باعها ، ثم وطئ الباقية ، ثم اشترى تلك المبيعة فلا يبطؤها حتى يحرم فرج الأخرى ، وكذلك إن باع أمة وطئها ، ثم اشترى أختها فوطئها ، ثم اشترى تلك المبيعة فلا يبطؤها حتى يحرم فرج الأخرى ، ولو لم يكن وطئ الباقية حتى اشترى المبيعة وطئ أيتها شاء^(٤) .

(١) انظر : المصدر نفسه ١٣٧/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١١ .

(٢)، (٣)، (٤) انظر : المدونة ١٣٨/٣ ، ١٣٩ ، تهذيب المدونة ص ١١١ .

قال أبو بكر بن عبد الرحمن : ولو وهب إحداهما لابنه الكبير أو لأجنبي لم
تحل له أختها حتى يقبضها الموهوب له ، لأن الواهب لو أعتقها قبل قبض الموهوب
له ، أو أحبلها لمضى قعه فيها وانتقضت الهبة ، فلذلك شرطنا لقبض فيها ^(١) .
قال بعض فقهاءنا : ولو اشترى الأختين في صفقة ولم يعلم أنهما أختان فهو
عيبٌ يُرد به ، لأنه إذا وطئ إحداهما لم تحل له لأخرى حتى يحرم فرج الأولى .
وقيل : هذا ^(٢) خفيف ، إذ يبقى له فيها أكثر المنافع سوى الوطء ، والأول
أبين .

وكذلك لو وجدتهما أمًّا وابنةً ولم يعلم ، فهو عيبٌ أشدُّ من الأول ^(٣) ، إذ
يتأهّد التحريم في الواحدة بوطء الأخرى .
ولو ماتت واحدة ^(٤) قبل ابوطء لم يكن له الرد على قول ابن القاسم وذلك
كعيبٍ ذهب .

قيل : فإذا كانتا / متكفتين فأراد ردَّ إحداهما ليزول العيب؟ ^(٥)
قال الشيخ : فلذي يظهر لي أن له ذلك عند من يراه عيباً كميّاع عبيدين
متكافئين يجد بأحدهم عيباً أن له أن يمسه لسا لم يحصنه من الثمن ^(٦) ، فكذلك
هذه ، والله أعلم .

(١) انظر : تهذيب الطائفة ٦٩/ب .

(٢) أي كونهما أختين عيب خفيف لا يرد به .

(٣) أي فيرد به .

(٤) أي من الأختين اللتين اشتراهما .

(٥) لأن العيب يزول بردها وتبقى الأخرى لا عيب فيها .

انظر : المصدر نفسه ل٦٩/ب .

(٦) أي ويرد المبيع . نظر : المصدر نفسه ل٦٩/ب .

[فصل ٢ — فيمن وطئ جارية ثم تزوج أختها]

قال ابن القاسم : ومن وطئ أمةً بمكث يمينا ، ثم تزوج أختها لم يعجبني هذا النكاح ، لأن مالكا قال : لا يجوز لرجل أن ينكح إلا في المواضع التي يجوز له فيها الوطء .

وقال أيضاً ابن القاسم : إن تزوج كان تزويجه جائزاً ، وأوقفته عنهما حتى يحرم أيتهما شاء^(١) .

قال سحنون : وقال أشهب : إن نكح ثم وطئ الأخرى لم يضر ذلك النكاح وحرمت الأمة ، وإن وطئ الأمة ثم تزوج الأخت فعقد النكاح تحريراً للأخت والنكاح جائز^(٢) .

قال بعض كبار أصحاب مالك منهم عبد الرحمن^(٣) : إذا كان يصيب المملوكة فليس له أن ينكح أختها حتى يحرمها ، وله أن يشتري أختها قبل أن يحرمها ، لأن الشراء يكون بغير الوطء ، والنكاح لا يكون إلا لوطء ، فلا ينعقد نكاح أخت على أخت كان يصيبها ، ولأن الجمع بين لأختين بمك يمين في الوطء مقيس على ما نهى الله عز وجل عنه في جمع الأختين في النكاح^(٤) ، فكما لا ينعقد نكاح أخت على أخت ، فكذلك لا ينعقد نكاح أخت على أخت كان يصيبها بمك يمين^(٥) .

وفي النكاح الثالث إيعاب هذا المعنى^(٦) .

(١) وإنما يطلق المنكحة أو يحرم فرج الأمة ، فأى ذلك فعل جاز له حبس الباقية .

نظر : للدونة ١٤٠/٣ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ١٤٠/٣ .

(٣) أي ابن القاسم .

(٤) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَأَنْ يَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَفَّ﴾ . سورة النساء : آية ٢٣ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ١٤٠/٣ .

(٦) انظر ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ .

[الباب التاسع]

**في استبراء الأمة قبل البيع ، ومواضعها
وتوليئتها من وضعت على يديه
واشتراط النقد ، ومواضة الثمن**

قال مالك : ومن وطئ أمةً فلا بيعها حتى يستبرئها ، ثم لا بد له إن باع الرائعة من المواضعة ، كان قد استبرأها أم لا ، والحیضة فيها تجزئ للمتبعين . ولو أن من وضعت على يديه تولأها بعد أن حاضت عنده تلك الحيضة ولم تخرج من يده أجزأته ووضعی مكانه . وكذلك المودعة عنده ، والمثريت تحيض عنده ثم يتناع نصيب شريكه - يريد : وهي في حوزة لا تخرج .

قال : ولو وطئها ببائع ولم يدع استبراء لم يحز له بيعها بالبراءة من الحمل ، كانت رائعة أم لا ، ولا بد فيها من المواضعة^(١) ، وقد تقدم هذا^(٢) . قال مالك : ومن ابتاع جاريةً وهي ممن تستبرئ لم يحز اشتراط لنقد فيها في عقدة البيع ، وضعت على يد المشتري أو علي يد أجنبي ، واشتراط النقد فيها يفسد البيع^(٣) .

قال أبو محمد : إذ نعلها أم وسد للبائع ، أو حامل من غيره فيرد الثمن ، فيصير تارة ثمناً وتارة سلفاً ، فصارح منهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه من بيع العربان^(٤) .

(١) انظر : المدونة ١٤١/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١١ .

(٢) انظر ص ٩٥٧ .

(٣) انظر : المدونة ١٤٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١١ .

(٤) بيع العربان : هو إعطاء المبتاع أو لمكري درهماً أو ديناراً على أنه إن تم البيع فهو من الثمن وإلا بقي للبائع .

انظر : الموطأ ٤٧٥/٢ ، شرح حدود ابن عرفة ٣٢٤/١ . -

قال مالك : وإن لم يشترط النقد في عقد البيع وتبرع المبتاع بنقد الثمن في المواضعة جاز ذلك ، ولا بأس أن يشترط مواضعة الثمن ، فإن هلك قبل محيضا ارتقت ، فإن خرجت من الاستبراء فهو من البائع ، وإن لم تخرج حتى هلك ، أو ظهر بها حمل فهو من المبتاع^(١) .

ابن المواز : قال مالك : فإن ظهر بها حمل من غير البائع ، أو حدث بها عيب قبل الحيضة ، وقد هلك الثمن قبل ذلك فالمبتاع مخير في قبولها بالعيب أو الحبل بالثمن التالف ، فيصير من البائع ، وإن شاء ردها وكان الثمن منه ، وقاله ابن القاسم وأشهب في العتبية^(٢) .

وذكر ابن عبدوس عن عبد الملك أن المشتري بالخيار في قبولها بغرم ممن ثان ، أو ردها ، وكذلك لو رضىها قبل علمه بتلف الثمن ، وهما سواء^(٣) .

وقال عنه ابن حبيب : إن الثمن من المشتري والجارية للبائع^(٤) ، وانفسخ البيع^(٥) .

أخرجه أبو داود ، كتب البيوع والإجازات ، باب في العرب ٧٦٨/٣ رقم (٣٥٠٢) ، وابن ماجه ، كتاب الإجازات ، باب بيع العربان ٧٣٨/٢ رقم (٢١٩٢، ٢١٩٣) ، ومالك ، كتاب البيوع ، باب ماجاء في بيع العربان ٤٧٥/٢ رقم (١) .

قال ابن حجر عن هذا الحديث : فيه رأي م يسم ، وسمي في رواية لابن ماجه ضعيفة : عبد الله ابن عامر الأسلمي ، وقيل : هو ابن طيبة وهما ضعيفان .

للتنخيص الجبر ١٧/٣ رقم (١١٧٣) .

فالحديث ضعيف .

(١) لأنه إذا تم البيع فالبيع قابض للثمن ، لأن الثمن إنما وضع له ، وإذا لم يتم البيع فالثمن للمشتري لأن الجارية لم تجب فماله له .

انظر : المسونة ١٤٣/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١١ .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٤٤/٤ .

(٣) قال : وإلى هذا ذهب سحنون ، لأنه إنما يكون الثمن لمن تصير له مما لا خيار فيه لأحد .

انظر : النوادر والزيادات ل ٣٢/١ .

(٤) في أ ، ب "من" بدل اللام .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل ٣٢/١ .

وحكي عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه قال : إنما يصح قول من قال :
ينفسخ البيع^(١) إذ كان الثمن عرضاً بعينه ، لأنه / لا يأخذها بثمن آخر ، ولا بد من [١٩٦/
فسخ لبيع بينهما ، وأم إذ كان الثمن عيناً فهو ما ن يأخذها بثمن ثانٍ أو باثمن
الثالث ، على الاختلاف ، ولا وجه لفسخ البيع في ذلك^(٢) .

قال بعض القرويين : ويحتر سحنون أن لا يأخذها إلا بعزم ثم ثانٍ ، لأنه لما
كان غيراً في يأخذ أو الرد لحدوث العيب صار كأنه مبتدئ للشراء بثمن قد ضاع .
بخلاف ما لو حدث عيب قبل تلف الثمن . ثم تلف الثمن لكن له الخيار هاهنا ،
لأن الخيار قد وجب له قبل تلف الثمن وقبل حدوث العيب ولم يعلم بتلفه فاختار
الأخذ لم يزمه ثم ثانٍ . وكان عني خياره إن شاء رد ، لأنه يقول : إنما اخترت
على ذلك الثمن ، وإن شاء أخذ وغرم ثمناً ثانياً^(٣) .

قال الشيخ : والصواب قول ابن القاسم وأشهب^(٤) .

وقد تقدم القول في التي لم تحض ، والبائسة من الحيض ، والمرتبة ، وفيمن
ابتاع أمة ممن لم يطأها ، أو من صبي ، أو امرأة ، أو أبيه ، أو زوجته ، أو أبضع في
شراء جارية فحاضت في الطريق ، في الباب الأول مع [ما] شاكه فأغنى عن
إعادته^(٥) .

(١) أي إذا هلك الثمن في الموضوعة وخرجت الأمة وبها عيب .

انظر : تهذيب الطالب ل ٦٨ / أ .

(٢) ، (٣) انظر : المصدر نفسه ل ٦٧ / ب ، ٦٨ / أ .

(٤) وهو أنه يأخذها بالثمن الثالث .

(٥) انظر ص ٩٤٣ ، ٩٤٨ .

[الباب العاشر] في وطء الجارية في أيام الاستبراء والحاق الولد

[فصل ١ — في وطء الجارية في أيام الاستبراء]

قال مالك : ولا ينبغي سبتاعٌ يُطأ في الاستبراء ولا يُقبَّل ولا يُجس ، أو ينظر للذة ، ولا بأس أن ينظر لغير الذة ، وإن وطئ المبتاع الأمة في الاستبراء قبس حيضةً نكَّل إن لم يعذر بجهلٍ ، حاضت بعد ذلك أو لم تحض ، وإن افتضَّها وهي بكرٌ في الاستبراء ثم حدث بها عيبٌ قبل حيضةٍ ، ذهب جارحةً ، أو حمىً ، أو دءٌ فنه ردها بذلك . فإن ردها [رد معها] ^(١) مانقصة الافتضا ^(٢) ، وإن لم ينقصها فلا غرم عليه ، ولا صداق إلا في الحرة ، وأما الأمة فهي كسلعة ، فعسى واطنها غصباً مانقصها الوطء ، ثيباً كانت أو بكر ^(٣) .

قال الشيخ : قال بعض فقهاءنا لقرويين : وإن تمسك بها فضاهر المدونة وكتاب محمد : لا شيء عليهما نقصها وقد وطئها . وهي في ضمان البائع ، فلو لم يكن ذلك كجنديةٍ جنى عليها في الاستبراء أن الأرض للبائع ، ولا فرق بين جناية المشتري عليها وجناية غيره [إلا] ^(٤) أن الأرض يكون للسائق وإن رضي بها المبتاع ، كما قالوا ، في الجناية عليها في أيام الخيار : إن الأرض للبائع ، وإن كان ابن حبيب يرى أن الأرض للمشتري إذا اختار التمسك .

(١) من المدونة .

(٢) في أ ، ب "الافتراع" .

(٣) انظر : المدونة ٣/١٤٥ ، تهذيب المدونة ص ١١١ .

(٤) "إلا" ليست في أ ، ب ، ولا يستقيم المعنى إلا بها .

قال الشيخ : والقياس أن يكون الأرض للبائع ، لأنها في ضمانه ، وأرى ابن القاسم رأى أن جناية المشتري كأنه رضي بامساكها ، كما جعل جديته عليها في أيام اخيار رضي بها ، وألزمه الثمن ، والصواب أن لا يعد ذلك منه رضي ، ولو كان رضي لما كان به أن يرده بالعيب ، كما هو رضيها جميعاً بسقاط المواضعة وتعجيلها ، لأن ما يحدث بعد ذلك من المشتري .

ومن المدونة : روى ابن وهب عن مالك : إن من ابتاع أمة حاملاً فلا يجوز له وطؤها كانت عنده^(١) أو عند غيره ، من زوج أو زناً ، ولا ينبغي له أن يباشرها ، أو يقبلها ، أو يغمزها ، أو يجسها ، أو يجردّها للذة حتى تصع ، وكذلك إن بيعت بالبراءة حاملاً أو غير حامل ، فلا يقبل ولا يباشر قبل أن يتبين حمها أو بعد حتى تضع^(٢) .

ورواية ابن وهب هذه ليست عند جيلة^(٣) ، ورواها غيره .

قال ابن حبيب : وأما المسبية تقع في سهمه ، أو يتاعها في المقاسم فله أن يتلذذ منها بالقبلة والمباشرة والتجريد وغيره عدا الوطء ، فلا يسقي ماءه زرع / [١٩٦ ب] غيره ، وهذه قد تم مكه فيها ، وبيع المقاسم بيع براءة ، وإن ظهر بها حمل لم ترد به^(٤) .

قال أبو محمد : وهذا الذي ذكر ابن حبيب أنه تدخل البراءة من الحمل في بيع السلطان ليس بقول مالك إلا أن يعني في لوخش^(٥) .

(١) "عنده" مطموسة في أ .

(٢) انظر : المدونة ١٤٦/٣ .

(٣) هو جيلة بن حمود الصدي ، وقد سبقت ترجمته ص ٣٩٢ .

(٤)، (٥) انظر : التودر والزيادات ل ٣٤/١ .

وقد قال ابن الموز : بيع الرائعة بالبراءة مطلقاً جائز ، ولا يدخل في ذلك الحمل ، وإن^(١) تراء منه [بشرط]^(٢) فسد البيع^(٣) .

قال الشيخ : وما ذكر أيضاً ابن حبيب من أنه يُقبل المسبية ويأشهره ويتلذذ بها عدا الوطء ، فليس ذلك على الأصل ، لأن كل طهرٍ مُنعٍ من وطئها مُنعٌ أيضاً من التلذذ بها بشيءٍ من دواعي الوطء كالمبيعة غير المسبية ، والمحرمة ، لأن ذلك ذريعة إلى الوطء كالرأعي حول الحمى يوشك أن يقع فيه .

وإن كان قد وقع لسحون في لعاشر من السير فيمن اشترى أمة بالبراءة من حمٍ ظاهرٍ أنه لا بأس له أن ينال منها ما ينال من الحائض إذا كان من غير السيد ، وكذلك إن قال بعد البيع : أن أرضى بحملٍ إن كان بها ، ولم يكن البائع يظاً^(٤) .

قال الشيخ : لعنه يُرخص في هذا للشيخ ، لأنه يملك نفسه ، كما رخص له النبي صلى الله عليه وسلم في القبلة في الصيام^(٥) ، وما الشاب فلا يملك نفسه ، وقد قال عليه لصلاة والسلام : "لاتوصاً حامسٌ حتى تضع ولا حائلٌ حتى تحيض"^(٦) .

وقال : "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره"^(٧) ، فإذا منع من لوطء وجب أن يمنع من دواعيه ، لأن الرأعي حول الحمى يوشك أن يقع فيه .

(١) في أ ، ب زيادة "لم" .

(٢) من النودر .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل ٣٢/أ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل ٣٤/أ .

(٥) لعنه يشير إلى ما روته عائشة رضي الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في القبلة للشيخ وهو صائم ونهى عنها الشاب وقال : "الشيخ يملك إربه والشاب يفسد صومه" .

أخرجه البيهقي ، كتاب الصيام ، باب كراهية القبلة لمن حركت القبلة شهوته ٣٩١/٤ رقم (٨٠٨٤) .

واحد عشر حسن ، وقد روي موقوفاً عن أبي هريرة وابن عباس ، أخرجهما البيهقي أيضاً ٣٩١/٤ رقم (٨٠٨٧، ٨٠٨٥) .

(٦) سبق تخريجه ص ٩٤١ .

(٧) سبق تخريجه ص ٩٤١ .

[فصل ٢ - في إلحاق الولد]

ومن المدونة : قال مالك : وإن وطئها المبتاع في الاستبراء فوضعت لسته أشهر من يوم وطئها ، فإن كن نبائع يظاً دعي للولد القافة ، فإن ألحقوه بلبت ع كانت له أم ولد ، وإن وضعت لأقل من ذلك فمسخ البيع وألحق بالنبائع إذا أقر بالوطء ، وينكح المبتاع حين وطئ في الاستبراء ، وإن أنكر البائع الوطء كان لولد لغيره ، وكذلك إن كانت بكرًا والنبائع ينفي الولد فإنه يكون لغيره ، ويجوز المبتاع في قبولها بجميع الثمن ، أو ردها مع مانقصة وطؤه للبكر^(١) .

قال ابن المراز : إذا احتار حبسها فله الرجوع بما نقص عيب حمها^(٢) .

قال الشيخ : كمن اطع على عيب وقد حدث عنده عيب .

ومن المدونة : قال مالك : وكذلك الثيب إن كان نقصه شيء ، وإلا فلا غرم عليه ، ويجوز في أخذه بجميع الثمن . أو رده ، وعليه العقوبة إن لم يعذر بجهل .

قال مالك : ولو استلحقه لبائع لحق به وفسخ لبيع وصارت له أم ولد^(٣) .

ابن المراز : ولو فتضها المبتاع ثم حدث به عيب في لاستبراء فله ردها مع مانقصة افتضاها . فإن ماتت فهي من البائع ، وإن ماتت وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر من يوم وطئ اشترى ردت إليه أم ولد بالقيمة يوم وطئ لابلثمن ، لأنه قد ردها بالعيب أولاً . ولو لم يكن ردها بمحدث بها في المواضعة حتى وضعت لما ذكرنا من المدة فله إن شاء ردها بالعيب الحادث فتزومه قيمتها يوم وطئها وتصير أم ولد ، وإن شاء رضيها^(٤) بالعيب وألزمه نفسه بالثمن كاملاً^(٥) .

(١) انظر : المدونة ١٤٦/٣ ، تهذيب المدونة ص ١١١ .

(٢) انظر : النودر والزيادات ل ١/٣٤٤ .

(٣) انظر : المدونة ١٤٥/٣ ، ١٤٦ ، تهذيب المدونة ص ١١١ .

(٤) في " ردها " .

(٥) انظر : النودر والزيادات ل ١/٣٤٤ ب .

قال ابن المراز : وإن أعتق المتاع الأمة في لاستيراء من وطء البائع لم يعجل عليها حتى تحيض كما ليس به تعجيلها وترك لاستيراء بخلاف عتقه إياها في عهدة الثلاث ، لأن له ترك بقية العهدة إلا أن يكون الاستيراء من غير وطء السيد فينفذ عتقه ، ويتعجبها . ولو أعتقها البائع ومبتاع أو حنثا فيها بعنق ، ولاستيراء / فيها [٢٠] من وطء البائع تربصا ، فإن ظهر بها حملٌ عتقت على البائع ، وإن حاضت عتقت على المبتاع ، ولو حدث بها عيبٌ فليس له تعجيل ردها للعتق . ولو كان الاستيراء يسر من وطء البائع عجننا عتق لمبتاع فيه ثم إن ظهر بها حملٌ رجع بقيمة عيب الحمل ، لأنه لو ظهر بها عيبٌ أو حملٌ ولم يكن عتق لكانها الرضى به وتعجيل قبضها^(١) .

قال الشيخ : قوله : إذا كان استيرؤه من وطء بائع وقد أعتقا جميعاً أنه يُترَبَّص بها ، يريد : يترَبَّص أن يجعل العتق على أحدهما ، لأنه إن جعل عتقها من لبائع قطع ولء المتاع عنها ومنع اسئاع من قبض ثمنها وقد يمكن أن يجب له ، وإن جمعه من المبتاع رفع ولء البائع عنها وألزم المبتاع غرم لثمن وقد لا يجب عليه ، فأوقف الحكم فيها على أحدهما لهذا .

وأما الأمة فهي يعتقها حرة ، إذ لا بد من عتقها على أحدهما ، إن حاضت فعلى المبتاع ، وإن حملت فعلى لبائع . وإنما يوقف الحكم فيها على من يكون العتق وهذا بينٌ ، وقاله بعض القرويين .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا قال البائع : كنت أفخذ ولا أنزل ، وولدها ليس مني ، لم يلزمه الولد .

وإن قال : كنت أطأ في الفرج وأعزل ، فأتت بولدٍ لم يحج به النساء من يوم وطئه لزمه الولد ، ولا ينفعه أن يقول : كنت أعزل عنها .

(١) نظير : المصدر نفسه ٣٤٠ ب .

قل سحنون : قال أشهب : وقد نزل هذا على عهد [أصحاب] ^(١) رسول
الله صلى الله عليه وسلم ، فقال برجل : كنت أعزل ، فقال له ^(٢) صاحب رسول
الله صلى الله عليه وسلم ^(٣) : إن بؤكاء ينفت ، وألحق به الولد ^(٤) .

[يتلوه كتاب السلم الأول]

-
- (١) من المدونة .
 (٢) "له" ليست في أ .
 (٣) وهو عمرو بن العاص ، ففي هامش المدونة : قال ابن رضح : هو عمرو بن العاص . أ.هـ من
 هامش الأصل ، وكذلك قال ابن رشد . انظر : ابيان والتحصيل ١١٨/٤ .
 (٤) انظر : المدونة ١٤٦، ١٤٧ ، نهذيب المدونة ص ١١١ .

فَهْرَسُ الْآيَاتِ الْقُرْآنِيَّةِ
فَهْرَسُ الْأَحَادِيثِ النَّبَوِيَّةِ
فَهْرَسُ الْآثَرِ
فَهْرَسُ الْأَعْلَامِ
فَهْرَسُ الْقَوَاعِدِ الْأَصُولِيَّةِ
فَهْرَسُ الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ
فَهْرَسُ الضَّوَابِطِ الْفَقْهِيَّةِ
فَهْرَسُ الْأَمَّاكِنِ وَالْبِلَادِ
فَهْرَسُ الْمَصْطَلَحَاتِ الْفَقْهِيَّةِ
فَهْرَسُ الْأَلْفَاظِ الْغَرِيبَةِ
فَهْرَسُ الْمَصَادِرِ وَالْمَرَاجِعِ
فَهْرَسُ الْمَوْضُوعَاتِ

فهرس الآيات

الآية	الصفحة	الترتيب
-------	--------	---------

سورة البقرة

٢٧٠	٣٥	وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ
٥٢٩/٥٢٨	٨٣	وَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا احْسَنُوا
٧٥١	١٧٣	إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَخِمَ الْخَنِزِيرِ
٤٦٧	١٨٧	هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ
٧٩٠	١٩٦	فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى
٧٨٣	١٩٦	فَإِذَا أَمِنْتُمْ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ
٣٨٣/٣٨٢/٣٣١	٢٢١	وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ
٤٤٥/٣٥٩	٢٢٢	وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَيْضِ قُلْ هُوَ أَذًى
٨٧٢/٨٧١/٥٥٤	٢٢٦	لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ
٨٩٤	٢٢٦	فَإِنْ فَأَوْرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ
٨٩٤/٨٦٦	٢٢٧	وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ
٥٥٨/٥٤٤/٥٤٣/٤٥٥	٢٢٨	وَالْمُطَلَقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ
٥٨٩/٥٦٩/٥٥٩		
٥٢٢/٤٥٠/٤٣٩/٤٣٨	٢٢٨	وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَفَى اللَّهُ
٩٥٧		
٤٥٠/٤٤٩/٤٤٠	٢٢٨	وَيَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ
١٧٠/١٦٦/١٣٩	٢٢٨	وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ
٥٤١/٤٤٩/٢٢٩/٨	٢٢٩	لِطَّلَاقٍ مَرَّتَانٍ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ
٨١٣/٥٥٨/٥٤٦		

رقم	تاريخ	الصفحة
٢٢٩	٤٨٠/٤٧٤/٤٦٧	فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ
٢٢٩	٨٥١	تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا
٢٣٠	٧٥٥/٣٥٩/٣٤٦/٣٣١	فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ
٢٣١	٥٥٥/٥٤٦	وَلَا تُنْكِحُوهُنَّ ضَرَّ رَأَيْتُغْنَدُوا
٢٣١	٨٤٩	وَسَرَاحُوهُنَّ
٢٣٢	٤٢	فَلَا تَعْصُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ زَوْجَهُنَّ
٢٣٣	٤٣٤/٤٠٨/٤٠٦	وَالْوِلْدَانَ يَرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ
	٤٣٧/٤٣٥	
٢٣٣	٤٣٦	وَعَلَى الْوُلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ
٢٣٣	٥٢٣/٤٣٥	لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا
٢٣٣	٥٢٣	وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ
٢٣٤	٥٧٣/٥٧١/٥٦٢/٥٦١	وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَكُمْ مِنْكُمْ وَيَدْرُونَ أَرْوَاحًا
	٦٢٧/٦٠١/٥٨٩/٥٧٦	
	٦٢٨	
٢٣٥	٥٩١	وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ
٢٣٥	٥٩٢/٥٨٩	وَلَكِنْ لَا تَوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا
٢٣٥	٦٠٢/٣٣١	وَلَا تَعَزَّمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ
٢٣٦	٢٣٧	لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ
٢٣٦	٢٤٧/٢٣٨	مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً
٢٣٦	٤٦٥/٤٦٢/٤٦٠	وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْكُلُوبِ قَدْرُهُ
٢٣٧	٤٤١/٤٤٠/٤٣٨/٢٧٩	وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ
	٧٥٥/٧١٤/٤٦٠	
٢٣٧	٥٢٢/٥٠١/٣٩	إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ أَوْ يَعْفوَا الَّذِي بِيَدِهِ
٢٤١	٩٣٩/٤٦٥/٤٦٢/٤٦٠	وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ
٢٨٦	٧٠٦	رَبَّنَا لَا تَوَاضِعُنَا بِإِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا

الصفحة	الآية	الترتيب
--------	-------	---------

سورة آل عمران

٧٠٣	٢٨	إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً
٨٦٠	٤١	أَلَّا تُكَيِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا

سورة النساء

٦٩	٣	وَإِنْ يَحْفَتُمْ آلًا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى
٣٣١/١٤٣/١٣٤	٣	فَأَنْكِحُوا مَا طَبَّ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ
٣	٣	فَإِنْ يَحْفَتُمْ آلًا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً
٢٧٨. ٢٣٠/٢٠٨	٤	وَأَنْتُمْ أَنْتَسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً
٤٦٧	٤	فَإِنْ طَبَّ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ
٣١١/١٣٩	١٩	وَعَدِ شُرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ
٧٥٢/٦٠٢/٣٢٥	٢٢	وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ
٣٤٤/٣٢٥/٩٣	٢٣	حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ
٧٥١/٣٧١		
٤١٩/٤٠٥/٤٠٣	٢٣	وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ
٣٢٥/٩٢	٢٣	وَأُمَّهَاتُ رِبَائِكُمْ وَرِبَائِكُمْ
٩٨١/٣٤٢/٣٣٦	٢٣	وَأَنْ يَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ
٣٧٨/٣٤٧/٣٤٤/٣٣١	٢٤	وَالْخُصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ
٣٨٢/٣٨٠		
٢٤٣/١٧٧/١٢٢	٢٤	وَأَجَلَ نِكْمٍ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ
٢٨٠/٢٧٨/٢٤٣	٢٥	فَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً
٣٢٣/١٤٧/١٤٢	٢٥	وَمَنْ مِمَّنْ يَنْسَطِعُ مِنْكُمْ طَوْلًا
٣٨٤/٣٨٢/٣٤٧		

الآية	الترتيب	الصفحة
فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ يَمَانُكُمْ	٢٥	٧٨
فَأَنكِحُوهُمْ بِأُذُنِ أَهْلِهِنَّ	٢٥	١٤٩/٩٩
مُحْصَنَاتٍ غَيْرُ مُسَفِّحَاتٍ	٢٥	٣٤٧
فَإِذَا أَحْصَيْتُمْ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ	٢٥	٣٤٨
فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ	٢٥	٧٠٤/٥٥٨/١٣٤
ذَلِكَ لِمَنْ غَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ	٢٥	١٤٥
لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ	٢٩	١٣٣
وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا	٣٥	٥٣٧/٥٣٤
وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً	٩٢	٧٩٥
وَتَحْرِيرَ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ	٩٢	٧٨٣
فَمَنْ لَمْ يَجِدْ	٩٢	٥٢٥
فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا	١٢٨	٤٧١/٣١٨
وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا	١٢٩	٣١١

سورة المائدة

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ	١	٦٨٧
وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ	٥	٣٨٤/٣٨٢/٣٤٧
وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ	٥	٧٠٤
وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا	٣٨	٢٠١
لَا تَنَجَّيُوا إِلَى اللَّهِ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ	٥١	٧٦
لَا تَحْرَمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ	٨٧	٦٨٨
لَا يُؤْخَذُكُمْ اللَّهُ بِالْغُفْرِ فِي إِيْمَانِكُمْ	٨٩	٧٠٥
فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ	٨٩	٧٩٠/٧٨٣

الصفحة	رقم	الآية
٥٢٥	٨٩	فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ
٧٩٢	٩٥	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ
٥٣٧	٩٥	وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا
سورة الأعراف		
٣٨٠/٢١٣	١٩٩	خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ
سورة الأنفال		
٧٦	٧٢	مَالِكُمْ مِنْ وَلَا يَتِيهِمْ شَيْءٌ
سورة التوبة		
٧٦/٦٤/٤٤	٧١	وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ
سورة الحجر		
٦٨٦	٥٩	إِلَّا آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ
٦٨٦	٦٠	إِلَّا امْرَأَتَهُ
سورة النحل		
٧٥٥/٧٠٣	١٠٦	إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَبْهُ مَطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ
سورة الإسراء		
٥٢٢	٣١	وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ



سورة الكهف

٨٧٨	٢٣	وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا
٨٧٨	٢٤	إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ

سورة الأنبياء

٣٤٧	٩١	وَأَنِّي أَحْصَيْتُ فَرَجَهَا
-----	----	-------------------------------

سورة الحج

٦٨٧	٧٨	مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ
-----	----	--

سورة المؤمنون

٣٣٩	٧-٥	وَالَّذِينَ هُمْ يَفْرُوهُمْ حَافِظُونَ ... فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ
-----	-----	--

سورة النور

٣٣٤	٢	الرَّنِيِّ لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَنِيَّةً أَوْ مُشْرِكَةً
٩١٤	٢	وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا صُفَّةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ
٩١١/٣٤٧	٤	وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَرْوَاحَهُمْ ...
٩٠٦	٩-٦	... إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ
٩١٢/٩١١/٩٠٩	٦	وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَرْوَاحَهُمْ
٩٠٨	٦	فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ رُبْعُ شَهَادَاتِهِمْ بِأَنَّهُ
٩١٦/٩١٢/٩١١	٨	وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ

الصفحة	آية	الترتيب
٨٧١	٢٢	وَلَا يَأْتِنِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ
١٤٥/١٤٣/٤٢/١	٣٢	وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ
٧٠٣	٥٩	وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُكْمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا

سورة القصص

٢١	٢٧	قَالَ إِنِّي أَنَا رَبُّكَ إِحْدَىٰ ابْنَتِي
----	----	--

سورة الروم

٣٨٣	٢١	وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً
-----	----	--

سورة لقمان

٥٢٩/٥٢٨	١٥	وَصَاحِبِهِمْ فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفٌ
---------	----	--

سورة الأحزاب

٣٣٠	٥	ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ
		يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ ...
٨١٢	٢٩-٢٨	... وَأَسْرَحَكُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا
٣٣٠	٣٧	إِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ
٦٠٧, ٥٦٢, ٥٦٠	٤٩	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ
٢٤٤	٥٠	وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا
٢٤٣	٥٠	خَانِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ

سورة الزمر

٧٥٣/٤٠٠/٣٦٤	٦٥	لَقَدْ أَشْرَكَتَ لِيَجْبَلَ عَمَلُكَ
-------------	----	---------------------------------------

الآية	رقب	المصحف
-------	-----	--------

سورة الحجرات

٥٠	١٣	يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ
٥٣/٥١	١٣	إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ اتَّقَاكُمْ

سورة المجادلة

٧٤٥	١	قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ
٧٤٤	٢	الَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ
٧٦٤/٧٥٥/٧٥٢/٧٤٥	٣	وَالَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ
٨٧٧	٣	مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتَمَاسَا
٧٨٢	٤	فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ
٥٢٥	٤	فَمَنْ لَمْ يَجِدْ
٨٠٨	٤	فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَاِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا

سورة الممتحنة

٣٧٤	١٠	فَلَا تَرْجِعُوهُمْ إِلَى الْكَفَّارِ
٣٩٦/٣٧٣	١٠	وَلَا تُنْسِكُوا بِعَصَمِ الْكَوَافِرِ

سورة الطلاق

٥٤٠/٥٣٩	١	يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ
٨٤٩/٥٤٥	١	فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ
٦٣٩/٦٣١	١	لَا تَحْزَنْ جُوهُنَّ مِنْ بَيِّنَتَيْنِ
٦٥٥/٤٤٩	١	لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُخْدِتْ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا
٤٤٩	٢	فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ

رقم الصفحة	رقم الآية	الآية
٨٤٩	٢	أَوْ فَارِقُوهُنَّ
٥٦٣/٥٥٩/٥٤٧	٤	وَاللَّائِي يُمْسِنَ مِنَ الْخِضِّ
٦٢٧/٥٩٦/٥٦٠/٥٥٠	٤	وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْهَنَ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ
٦٣٩/٤٧٨	٦	أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ
٢٩٩	٦	وَلَا تَضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ
٦٣٩/٥٢٢	٦	وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٌ
٥٢٢/٤٣٤	٦	فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَتَوَّهْنَ
٥٢٣/٢٨٢	٧	لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ

سورة التحريم

٨٥٠	١	يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ
٨٥١	٢	قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ

سورة المطففين

٢١٨	٢١-١٨	كَلَّا إِنَّ كِتَابَ الْأَبْرَارِ يَشْهَدُهُ الْمُقَرَّبُونَ
-----	-------	---

سورة الفجر

٦٧٢	٢	وَبِالْأَعْيُنِ عَشِيرٍ
-----	---	-------------------------

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة

الحديث

٤٣٢	إباحته صلى الله عليه وسلم استرضاع النصرانية
٤٦٧	إباحته صلى الله عليه وسلم لثابت أن يأخذ من زوجته ما أعطها
٨٣	إتباعي فأعتقي ، فإنما الولاء لمن أعتق
٤٣٢	اتقوا إرضاع الحمقى فإنه يعدي
١٣٩	اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم
٧٤٥	تقي الله فإنه ابن عمك
١٦٤	اجتنبوا في النكاح أربعة
٣٥٧	ادروا الحدود بالشبهات
٢٤٩	إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة
٧٣٠	إذا ادعت المرأة طلاق زوجها
٦	إذا خطب إليكم من ترضون
٦٧٣	إذا شك أحدكم في صلاته
٥٤١	إذا بنت منك وعصيت ربك
٤٣٥	اذهي فأرضعيه حتى تقطمي
٧٩٦	أربع لا تجوز في الأضاحي
٣٦٦	الإسلام يحب ما قبله
٧٩٥	اعتقها فإنها مومنة
١١٤	أعلنوا النكاح
١١٥	أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالغربال
٦٢٢	أعمار أمي ما بين الستين إلى السبعين

- أعينوا بلالاً على وليمته ١١٧
 أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها ٧٩٦
 إقراره صلى الله عليه وسلم ابنته تحت أبي العاص ٣٧٤
 إقراره صلى الله عليه وسلم نكاح سفيان وعكرمة وصفوان ٣٦٦
 ألا أنكحك ثُميمة بنت ربيعة بن الحارث ١٢١
 الشمس ولو خائفاً من حديد ٢٠٣
 امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ٦٣١
 أمره صلى الله عليه وسلم نسيئة بإرضاع سالم ٤٠٧
 أمره صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين باللعان بعد العصر ٩٠٦
 أمره صلى الله عليه وسلم هلال بن أمية وامراته باللعان ٩١١
 إن الأمة إذا عتقت وهي تحت عبد فأمرها بيدها ٧٠٨
 إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ٨٦٥
 إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ٦٥٥
 أنت أحق به مام تنكحي ٥١١
 أنت أملك بنفسك ٧٠٨
 إن زنت فاجتدوها ٣٤٨
 إنما الأعمال بالنيات ٤٥١
 إنما هي أربعة أشهر وعشر ٥٧٩
 أولم ولو بشاة ١١٧
 الأيم أحق بنفسها من وليها ٢٣
 لئما رجل نكح امرأة فدخل بها ٣٢٥
 لئما عبده تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر ٩٩
 أيهما أسنم من الأبوين كان أولى بالولد ٣٨٥

- ٢٣ اليكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها
- ٢٤٩ البينة على المدعي
- ٩١١ البينة وإلا حد في ظهرك
- ٣٣٠ تبنيه صلى الله عليه وسلم لزيد بن حارثة
- ٦٣٥ تحدثن عند إحداهن ما بدا لكر
- ٣٨٧ تخيره صلى الله عليه وسلم لغيلان بن سلمة لما أسلم على عشر نسوة
- ٣٨٧ تخيره صلى الله عليه وسلم لفيروز الديلمي لما أسلم على أختين
- ٨١٢ تخيره صلى الله عليه وسلم لنسائه
- ٩٨٧ ترخيصه صلى الله عليه وسلم في القبلة في الصيام للشيخ
- ٢ تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم
- ٢١ تزوجه صلى الله عليه وسلم ابنته لعثمان
- ٥٢ تزوجه صلى الله عليه وسلم بلال من تحت بني بكر
- ٢٠٤ تزوجه صلى الله عليه وسلم فاصمة من علي
- ٨١ تزويج العباس ميمونة من رسول الله صلى الله عليه وسلم
- ٢٠٠ تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا
- ٢٨٢ تقول لك امرأتك : أنفق علي أو طلقني
- ٢ تنكحوا تناسلوا
- ٥ تنكح المرأة لما لها ولجملها ولحسبها ولدينها
- ١٣٣ ثلاث جدن وهزن جد
- ٣١٣ ثلاث للثيب وسبع للبكر
- ٢٥٩ الثلث ، والثلث كثير
- ٣٢ الثيب تعرب عن نفسها
- ٣١٢ جعله صلى الله عليه وسلم للبكر سبعا وللثيب ثلاثا

- ٣٤٧ حتى يذوق عُسَيْتَكَ وتذوقي عُسَيْلَتَهُ
- ٩١٧ حسابكما على الله
- ٤٢٣ الحلال بَيْنَ والحَرَم بَيْنَ
- ٨٥٠ حَلَفَهُ صلى الله عليه وسلم ألا يَطْأُ أُمَّ ولده إبراهيم
- ٣٤٦ خذوا عني ، خذوا عني ، قد جعل الله لهن سبيلاً
- ٢١٦ الخراج بالضمان
- ٤٠٣ خمس رَضَعَاتٍ معلومات
- ٣٤٦ رحمه صلى الله عليه وسلم لماعز بن مالك
- ٤٠٩ الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم
- ٧٠٣ رُفِعَ عن أُمِّي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه
- ٧٠٢ رُفِعَ القلم عن ثلاث
- ١٦٠ زواجه صلى الله عليه وسلم بامرأة من بني بياضة
- ٢٢ زواجه صلى الله عليه وسلم بعائشة وهي بنت سبع سنين
- ٣٧٨ سؤال الصحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سبي يوم أوطاس
- ٢٤٩ شاهدك أو يمينه
- ٢٢ شاوروا النساء في أبضاعهن
- ١٨٣ الصداق ما تراضى عليه الأهلون
- ٢١٣ صرفه صلى الله عليه وسلم صداق فاطمة في جهازها
- ٦٨ عتقه صلى الله عليه وسلم لصفية وزواجه منها
- ٤ عبيكم بالأبكار فإنهن أطيب أفواهاً
- ٣٣٥ فاستمتع بها
- ٢٤٩ فالقول قول البائع ويتحالفان ويتفاسخان
- ٥٨٤ فلا تجعل عليه إلا بالليل وانزعيه بالنهار

- ٤٧٢ قبوله صلى الله عليه وسلم هبة سودة ليلتها لعائشة
 ٥٦٠ قد حلت فانكحي من شئت
 ٧٤١ قضاؤه صلى الله عليه وسلم يمين وشاهد
 ٤٥ قَمَ فزَوْجُ أُمِّكَ
 ٣١٤ كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يخرج أقرع
 ٣١٤ كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا خرج أقرع بين نسائه
 ٣١١ كان للنبي صلى الله عليه وسلم تسع نسوة
 ٧٦٨ كفر عن يمينك
 ٣٨٥ كل مولود يولد على الفطرة
 ٢٤ كل يتيمة تستأمر في نفسها
 ١١٤ كَمَلَ دِينُهُ ، هذا النكاح لا إسفاح
 ٨٤ لا تزوج المرأة إلا بولي
 ٤١٢ لا تمتحن في منه ، فإنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب
 ٤٠٤ لا تحرم المصّة والمصّتان
 ٨١ لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها
 ٤٣ لا تنكح المرأة بغير إذن وليها
 ٤٣ لا تنكح المرأة المرأة ، ولا تنكح المرأة نفسها
 ٩٤١ لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تحيض
 ٤٠٨ لا رضاع إلا ما فارق الأمعاء
 ٤٠٤ لا رضاع بعد فطام
 ٩ لا إشغار في الإسلام
 ٥٤ لا ضرر ولا ضرار
 ٤٧٨ لا نفقة لك

الصفحة	الموضوع
٣٣٦	لا يجتمع بين المرأة وعمتها
٤٣	لا يحل النكاح إلا بصداق وولي وشهود عدول
٥٧٩	لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتحد
٨٣	لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن
٩٠	لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب
٣٣٢	لعن الله المحلل والمحلل له
٤١٢	لقد هممت أن أنهي عن الغيلة
٧٩٠	لكل مسكين نصف صاع
٩١٣	لولا الإيمان لكان لي ولها شأن
٧١٦	ليس لقاتل من الميراث شيء
٢٣	ليس لبولي مع الشيب أمر
١٣٠	ما كان من شرطه ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل
٤٤٩	مُرّه فليراجعها
٤٠٤	المصّة والمصّتان تحرم
٥٢٥	من أعتق شقصاً له في عبد
٢٣٣	من باع عبداً وله مال فماله للبائع
٨٤٩	من بت امرأته فلاتحس له حتى تنكح زوجاً غيره
٣٢٨	من تزوج امرأة فغمزها
٢٦٨	من حيث يبول
٣١١	من كان له امرأتان فلم يعدل بينهما
٩٤١	من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره
٨٢٤	من ملئت امرأته أمرها فلم تقبل نفسها فليس هو بشيء
٤٣٢	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تسترضع الحمقاء

الصفحة	الموضوع
٤٣٢	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استرضاع الفاجرة
٩٨٢	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع العريان
٤٩٠	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جرّ منفعة
٩	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كاح الشغار
١٢٧	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح لمتعة
٩٣٣	هل لك من إبل؟
١٢٢	هل معك ماتستحلها به؟
٧٩٨	هو حرّ كله ليس لله شريك
٤١٥	هو لك يا عبد ، الولد للفراش
١٣٩	وإن لزوجهك عليك حقاً
١١٧	وليتمته صلى الله عليه وسلم على أم سلمة
١١٧	وليتمته صلى الله عليه وسلم على صفية
٤٧١	يارافع اعدل بينهما وإلا فارقها
٢٣	اليتمة تستأمر في نفسها
٣٣١	يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
٤٠٣	يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة
٥٤٢	يُعَبّ بكتاب الله وأنا بين أظهركم
١١٨	اليوم الثاني فَضْل ، والثالث سَمْعَة

فهرس الآثار

٥٣٤	علي بن أبي طالب	أترين ما عبيكما؟ إن رأيتما أن تجمعا
٣٦٢	الحسن البصري	اتق الله ولا تكن مسمار نار
١١٨	الحسن البصري/ابن المسيب	إجابة من دُعِيَ إلى الوليمة في الأول
٢٨١	ابن المسيب/الزهري	إجازة دخول الزوج وبنائه بزوجه
٨١٣	زيد بن ثابت/ربيعة	اختارت ابنة الصُّحَّاح العامري نفسها
٣١٦	ابن عمر	إخراج الصبي في المهد عند إجماع
٣٥٨	ابن مسعود	ادروا الجلد والقتل عن المسمنين ما استطعتم
٤٧١	الزهري	إذا استخفَّت المرأة بحق زوجها فتشزت
٢٩٩	يحيى بن سعيد	إذا افتقر الزوج ووجد ما يقيمها به
٩٣٥	ربيعة	إذا التعن ثم مات قبل لعانها
	علي بن أبي طالب	إذا بال من ذكره ورث ميراث ذكر
٢٦٨	جابر بن ريد	
١٤٦	عمر بن الخطاب	إذا تزوج الحرة على الأمة
	عثمان بن عفان	إذا خيّر الرجل امرأته أو ملكها ففرّق
٨٢٧	ابن مسعود	
٤٤٢	ابن المسيب	إذا دخل لرجل بامرأته في بيتها
٥٥٤	سيمان بن يسار	إذا طلقت النفساء أو الحائض
	عمر بن الخطاب	إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً
	عثمان بن عفان	
٧١٧	عبي بن أبي طالب	

الصفحة	صاحبه	الموضوع
٦١١	عبي بن أبي طالب	إذا فقدت المرأة زوجها لم تزوج
	سليم بن يسار	إذا قاربت الصغيرة الحيضة تستبرأ
٩٤٣	عمر بن عبد العزيز	
	عمر بن الخطاب	إذا قاربت الصغيرة .حيضة تستبرأ
	عبي بن أبي طالب	
٩٤٤	ابن المسيب	
٧٧٠	عروة بن الزبير	إذا قال الرجل : كل امرأة أتزوجها
٣٢٨	ابن مسعود	إذا قبلها أو جلس بين فخذيها
	ابن عباس	إذا كان الرضاع في الحولين
	عروة بن الزبير	
٤٠٥	ابن المسيب	
٩٧٨	ابن عمر/الزهري	إذا كان لمرجل جاريتان أختان
٧٠١	ابراهيم النخعي	إذا كتب إلى زوجته : إذا جاءك كتابي
	علي بن أبي طالب	إذا ملك أحد الزوجين صاحبه
٢٧٦	ابن مسعود	
٨٢٢	ابن عمر	إذا ملك الرجل امرأته أمره
	يحيى بن سعيد/أبو الزناد	إذا وهبت المرأة لأهلها فهي ثلاث
	ربيعة/الزهري	
٨٥٦	زيد بن أسلم	
٤٥٢	بن عمر	شهاد رجلين عند الطلاق وعند الارتجاع
٤٦٦	بن عباس	أعلى المتعة خادم أو فققة وأدناها كسوة
٥٩١	عطاء بن أبي رباح	أكره مواعدة الولي وإن كانت المرأة
٣٠٠	ربيعة	أما الشملة والعباءة فعسى أن لا يؤمر

المرجع	المتن	المرجع
	امراة لمفقود تزبص أربع سنين ثم تعتد	عمر بن الخطاب
٦١١	عثمان بن عفان	
	أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم	
٩٠٦	الزوجين فحلفا بعد العصر	الزهري
٣٧٩	إن ابتاع رجل عبداً وامراة من السبي	ابن قسيط
	إن اختارت المخيرة نفسها فوحدة	عمر بن الخطاب
		زيد بن ثابت
		أبن عباس/ابن مسعود
٥٤٦	إن أُرِد أن يطلق ثلاثاً فليطلقها	ابن مسعود
٩٦	إن أَمرك بيدك ما لم يمسك زوجك	حفصة بنت عمر
	إن أَلبته كالثلاث	عمر بن الخطاب/ابن عمر
٨٥٠		ابن عباس/عائشة
٨٨٣	إن حلف ألا يصأها حتى تفطم ولدها	عبي بن أبي طلب
٨٧٨	إن حلف ألا يكلمها وهو في ذلك يمسه	الزهري
٧٠٦	إن حلف بطلاق امرأته إن ضرب جاريتها	ربيعة
٨٨٩	إن حلف بطلاق امرأته ليخرجن	ربيعة
٨٨٩	إن حلف ليفعلن مايجوز له إلى أجل	الزهري
٥٩٣	إن دخل بها فلاينكحها أبداً	عمر بن الخطاب
٤٧٢	إن رضيت المرأة بغير نفقة ولاكسوة	ربيعة
	إن شهد على امرأة بالزنا أربعة	ابن عباس/أبو الزناد
		الزهري/ابن قسيط
٩٣٧		عبد الرحمن بن لقاسم
٧٣٥	إن شهد واحد بواحدة وآخر باثنتين	الزهري

الصفحة	صاحبة	
٤٥٥	ابن عباس/ابن المسيب	إن طلقها وفي بطنها توأمان
	ربيعة/الزهري	إن عنت الأمة تحت عبد
٧١٤	يحيى بن سعيد	
٨٦٩	ربيعة	إن قال لامرأته : لا سبيل لي عليك
٨٦٨	الزهري	إن قال ها : أنت سائبة ، أو مَيَّ عتيقة
٨٦٩	ربيعة/الزهري	إن قال ها : أنت السراح ، فهي واحدة
٧٥١	ربيعة/الزهري	إن قال ها : أنت عليّ كبعوض ماحرم
٧٥١	ربيعة/الزهري	إن قال ها : أنت عليّ مثل كل شيء
	عمر بن الخطاب	إن قيل الرضاة وكثيرها يحرم
	علي بن أبي طالب	
	ابن عباس/ابن مسعود	
٤٠٤	جابر بن عبد الله	
٣٣٤	ابن المسيب	إن قوله تعالى ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾
٣٢		إنكاح القاسم بن محمد وسام بن عبد الله
١٦٦	ابن المسيب	إن كان بالزوج جنون أو ضرر
٦٢٨	يحيى بن سعيد	إن كانت الأمة لم تحض اعتدت
٥٣٦	ربيعة	إن كان الظلم من الزوج فرّق الحكماء
٣٠٧	ربيعة	إن كان المجنون يؤذي زوجته
٤٣٢	عمر بن الخطاب	إن البين ينزع لمن يُسترضع فليستحسن
	عمر بن الخطاب	إن لم تُقارب الصغيرة المحيض
٩٤٣	علي بن أبي طالب	
	عمر بن الخطاب/ابن عباس	إن للمعتدة أن تنكح في دمها من الحيضة
٤٥٦	زيد بن ثابت/عائشة	الثالثة .

٣٤٤	يحيى بن سعيد	إنما كره الجمع بين ابنتي العم أو الخال
٦١	علي بن أبي طالب	إن المرأة المروجة من رجلين
٦٠	عمر بن الخطاب/معاوية	إن المرأة المروجة من رجلين
	علي بن أبي طالب	إن المراد بالعتت في قوله تعالى ﴿ذَلِكَ
١٤٢	ابن عباس/ابن مسعود	رَلْنَا نَحْنُ الْعَتَّ مِنْكُمْ﴾ أنزنا
		إن المراد بالنكاح في قوله تعالى ﴿الرَّائِي
٣٣٤	ابن عباس	لَا يَنْكِحُ﴾ الزنا
٣٩	ابن عباس/ربيعة	إن الرد بقوله تعالى ﴿لَا أَنْ يَفْقُونَ﴾
٣٤٨	ابن مسعود	إن المراد بقوله تعالى ﴿فَإِذَا أَحْصَيْنَ﴾
		إن المراد بقوله تعالى ﴿وَأِنْ يَخَفْتُمْ
٦٩	عائشة	أَلَّا تَقْسِطُوا فِي آلَيْتَامِي﴾ البكر اليتيمة
٤٥٥	عائشة	إنما الأقراء الأطهار
٤٦٤	ربيعة	إنما يؤمر بالمقاع من لاردة له عليها
٧٠٨	ربيعة/يحيى بن سعيد	إن مسها ولم تعم بعقتها
١٤٢	سعيد بن المسيب	إن نكح لأمة على الحرة خبرت الحرة
٣٧٢	سليم بن يسار	إن نكح النصراني أو اليهودي المسلمة
٣٧٢	ربيعة	إن نكح النصراني المسلمة وزعم أنه مسم
٩٩٠	عمرو بن العاص	إن الوكاء ينقلب
١١٩		أو لم أبن سيرين ثمانية أيام
٥٦٣	عمر بن الخطاب	أنك امرأة طلق فحاضت حيضة
٨١٩	عمر بن الخطاب	أنك رجل ملك امرأته أمرها أو خيرها
٨٥	عمر بن عبد العزيز	أنك رجل نكح امرأة بغير ذن ولها

	عمر بن الخطاب	أَيُّمَا رَجُلٍ نَكَحَ امْرَأَةً وَبِهَا جَنُونَ
١٦١	علي بن أبي طالب	أَيُّهُمَا أَسْلَمَ مِنَ الْأَبْوِينِ كَانَ أَوْى بِالْوَلَدِ
٣٨٥	عمر بن الخطاب	بَعَثَ ابْنُ عَبَّاسٍ وَمَعَاوِيَةُ حَكَمَيْنِ
٥٣٤	عثمان بن عفان	تُحَصِّنُ الْأُمَّةَ الْحَرَّ
	عبيد الله بن عبد الله	
٣٥٣	ابن عتبة	
٦٣٥	ابن عمر	تُخْرِجُ الْمُعْتَدَةَ إِلَى الْمَسْجِدِ وَلَا أَكْثَرَ مُؤْنِهَا
١٢٠		تُزَوِّجُ حَمْرَةَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ ابْنَهُ
٨٢		تُزَوِّجُ عَائِشَةَ خَفِصَةَ بِنْتِ أَخِيهَا
٩٤٣	عمر بن الخطاب	تُسْتَبْرَأُ الصَّغِيرَةُ وَالْبَائِثَةُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ
٦٣١	ابن عمر/عائشة	التَّشْدِيدُ فِي إِقَامَةِ الْمُعْتَدَةِ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا
٤٣٨	زيد بن ثابت	تُصَدِّقُ الْمَرْأَةَ فِي دَعْوَى الْمَسِيئِ
٦	عمر بن الخطاب	التَّفْرِيقُ بَيْنَ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ زَوْجِهَا
٨٤	عمر بن الخطاب	التَّفْرِيقُ بَيْنَ مَنْ يَتَزَوَّجُ بِغَيْرِ وَلِيٍّ
١٣٣	ابن المسيب	ثَلَاثُ لَيْسَ فِيهِنَّ لَعَبٌ ، هَزْلُهُنَّ حَدْ
٥٩١	عمر بن الخطاب	جَلْدُ مَنْ تَنَاقَحَا فِي الْعِدَّةِ
٣٤٥	عبد الله بن جعفر	اجْتَمَعَ بَيْنَ امْرَأَةٍ عَلِيٍّ وَبَيْنَ ابْنَتِهَا
٧		خِطْبَةُ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ
٤٧٢	عثمان بن عفان	الْخُلْعُ طَلْقٌ بَائِتٌ
٤٩٦	عثمان بن عفان	الْخُلْعُ مَعَ الطَّلَاقِ اثْنَتَانِ
٨٥٧	ربيعة	الْخُلْيَةُ وَالْبَرِّيَّةُ وَالْبَائِتَةُ ثَلَاثٌ
٦	عمر بن الخطاب	دِينَ الرَّجُلِ حَسْبُهُ ، وَكِرْمُهُ تَقْوَاهُ
٦٣٧	عمر بن الخطاب	رَدُّ الْمُتَوَفَّى عَنْهُمْ أَزْوَاجَهُنَّ مِنَ الْبَيْدَاءِ

الصفحة	صاحبه	الموضوع
٨٣٩	مرون بن احكم	رَدُّ المرأة المملّكة و حدة إلى زوجها
	عمر بن الخطاب	رَدُّ النساء من العيوب الأربعة
١٦٠	علي بن أبي طالب	
٤٤٤	ربيعة	الستر بين الزوجين شاهد على ما يدعيان
٧٥٢	الزهري	السَّريّة من النساء ، وهي أمة
	عثمان بن عفان	ضَرَبُ أجل سنة للمعترض عن امرأته
	علي بن أبي طالب	
٣٠٤	ابن مسعود	
	عمر بن الخطاب	ضَرَبُ أجل سنة لمن لم يستطع أن يمس
	ابن مسعود/ابن المسيب	"
٣٠٢	سليمان بن يسار	
	عمر بن عبد العزيز	ضَرَبُ أجل شهر أو شهرين للزوج
٢٩٨	ابن المسيب	
	عمر بن الخطاب	ضَرَبُ أربع سنين لامرأة لمفقود
	عثمان بن عفان	
٥٧٢	علي بن أبي طالب	
		عدم التفريق بين زوجين شهدت امرأة
٤٢٣	عمر بن الخطاب	بأنها أرضعتهم
٣١٧	معاذ بن جبل	عدم شرب الماء من عند واحدة
	ابن المسيب	عدة الأمة إذا توفي عنها زوجها
٦٢٨	سليمان بن يسار	
	عمر بن الخطاب	عدة الأمة التي قد يثست من الحيض
٥٦١	عمر بن عبد العزيز	

صحيحه	اصحاحه
عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها	عمرو بن العاص
عدة أم الولد من سيدها إذا مات	ابن المسيب ٥٨٨
عدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة	سليمان بن يسار ٥٨٨
عصى لله فأندمه ، وأطاع للشيطان	ابن عمر/زيد بن ثابت ٥٨٦
عصى الله وخالف السنة	ابن عباس ٥٤٠
على المتوفى عنها زوجها أقصى الأجلين	ابن عمر ٥٤٠
قد أعتق ابن عمر أمَّ ولده	ابن عباس/سليمان بن يسار ٥٧٣
قد بُنيت منه ولا ميراث بينكما	نافع مولى ابن عمر ٥٨٦
قد كان يقال : يُستقبل بطلاقها الأهلة	بن عمر ٥٤٧
قراءة ابن عمر لآية سورة الطلاق	الزهري ٥٤٧
القضاء بأن أم الأم إذا نكحت الأم أحق	٥٣٩
لقضاء بأن الأمة إذا ماتت في المواضعة	أبو بكر/عمر بن الخطاب ٥١١
لقضاء بأن المرتبة تنتظر تسعة أشهر	عمر بن الخطاب ٩٧٦
القضاء بأن المعتدة تقيم في بيت زوجها	عمر بن الخطاب ٥٧٠
لقضاء بأنه لا تنقضي عدتها من زوجها	عثمان بن عفان ٦٣١
القضاء بالخضانة للأم على الأب	عمر بن عبدالعزيز ٥٩٨
القضاء برجم الزاني المحصن	أبو بكر/عمر بن الخطاب ٥١١
لقضاء بعزل المجنون بعد النكاح	خلفاء الراشدون ٣٤٦
لقضاء على السكران بطلاقه في سكره	عمر بن الخطاب ٣٠٧
القضاء في الخالف بطلاق إحدى نسائه	ابن عمر ٧٥٧
القضاء في مطقة ادعت بعد خمسة	عمر بن عبد العزيز ٧٠٥
وأربعين يوماً أن عدتها	أبان بن عثمان ٤٥٦

المسألة	صحابه	القضاء
	عمر بن الخطاب	القضاء فيمن نكح في العدة بالفراق
٥٩١	علي بن أبي طالب	
	عمر بن الخطاب	القضاء في ولد الأمة الغارة لسيدها
١٥٠	عثمان بن عفان	
٥٨٠	زينب بنت أبي سلمة	كانت المرأة في الجاهلية إذا مات زوجها
٩٠٠	عمر بن عبد العزيز	الكتابة إلى قوم غابوا بخراسان
٦٤٩	ابن المسيب	الكراء على الزوج
٤٣٢	بجاهد	كراهة أن ترضع امرأة بلبن الفجور
	عمر بن الخطاب	كراهة التطليق ثلاثاً
	عثمان بن عفان	
	عبي بن أبي طالب	
	ابن عباس/ابن مسعود	
٥٤٣	ابن عمر/عمران بن حصين	كراهة الجمع بين الأختين في ملك اليمين
	عثمان بن عفان	
	الزبير بن العوام	
٩٧٨	النعمان بن بشير	
١٤٤	ابن عمر/ابن عباس	كراهة نكاح الأمة على الحرة
٣٦٢	الوليد بن مسلم	كنت أسمع أن الزنا ثلاثاً
٤٦١	ابن عمر	لكل مطلقة متعة
٦٨٧	ربيعة	لم يجعل الله الطلاق إلى الرجل إلا رحمة
٢٣٨	ابن مسعود	لها مثل صداق نسائها
	عبد الله بن عمر	لها الميراث ولا صداق لها
٢٣٨	زيد بن ثابت	
١٢٣	عمر بن الخطاب	لو تقدّمت فيه لرجّمت

الترتيب	المتن	الشرح	الصفحة
٣٤٩	لو زنى رجلٌ بصبيّةٍ مثلها يوطأ	يحيى بن سعيد	٣٤٩
٣٦٢	نو فعلت لكان عليك إثمهما ما بقي	ابن المسيب	٣٦٢
٨٥٥	لو كان الطلاق ألفاً ما بقت البتّة	عمر بن عبد العزيز	٨٥٥
٦٣٧	يولا أنك بلغت هذا المكان لأمرتك	ابن عمر	٦٣٧
٧٧٦	ليس على لعبد أن يكفر بالصميم	ابن سيرين	٧٧٦
٧٠١	ليس للسكران طلاق	عثمان بن عفان/ابن عباس	٧٠١
٤٦١	يس من النساء شيءٌ لا ولها المتعة	بن عمر	٤٦١
٤٧٠	لاأرى امرأةً أن تخرج مع زوجها	بكير بن الأشج	٤٧٠
	لااستثناء في الطلاق بمشيئة الله عز وجل	عطاء بن أبي رباح	
٧٠٦	لابأس أن يجمع بين ابنتي العم	بن المسيب	٧٠٦
٣٤٤	لايتزوج المرأة إلا بولي	ربيعة/يحيى بن سعيد	٣٤٤
٨٤	لايتزوجهن إلا الأكفاء	عمر بن الخطاب	٨٤
٦	لاتلبس الحادّ ثوباً مصبوغاً	عمر بن الخطاب	٦
٥٨٢	لاتنكح الأمة على الحرة إلا أن تشاء	عروة بن الزبير	٥٨٢
١٤٤	لاتنكح الأمة على الحرة ، وتنكح الحرة	بن المسيب/الزهري	١٤٤
١٤٤	على الأمة	جابر بن عبد الله	١٤٤
٦	لاتنكح المرأة إلا بإذن أهلها	عمر بن الخطاب	٦
٣٤٩	لاحدّ عسى كبيرة زنت بصبي صغير	يحيى بن سعيد	٣٤٩
١٥٩	لاخيار للنصرانية تحت المسلم	ربيعة	١٥٩
٥٣٥	لايعتد الحكمين إلا السلطان	ربيعة	٥٣٥
٧٩٨	لايجزئ أن يعتق في الكفارات رقبة	ابن عمر/معقل بن يسار	٧٩٨

المتن	المصدر
لايُجمع بين المرأة وابنتها من ملك اليمين	عثمان بن عفان
	عني بن أبي طائب
	عبد الرحمن بن عوف
٣٤٤	عمر بن عبد العزيز
٣٤٢	الزهري
١١٥	أبو بكر لصديق
٦	عمر بن الخطاب
٣٤٣	يحيى بن سعيد
٣٧٢	عبي بن أبي طالب
٨٥٦	عمر بن الخطاب
٧٠٣	ابن مسعود
٣٠٢	عمر بن الخطاب
٦٣٤	عروة بن الزبير/ربيعة
١٣٠	عمر بن الخطاب
١١٥	عمر بن عبد العزيز
٥٤٠	عبي بن أبي طالب
٦٣٥	ابن عمر
٣١٢	
٧٠٥	ربيعة
	ابن عمر/ بن مسعود
	فضالة بن عبيد/ربيعة
٩٤٢	الزهري
لايُجمع بين المرأة وبين من لأبيها	
لايجوز نكاح السر حتى يُعلن	
لايزوج الرجل وليته للقبيح الذميم	
لاينكح الرجل بنت امرأته	
لاينكح النصراني ولااليهودي لمسلمة	
ماأردت بقولك : حبلك على غاربك؟	
مامن كلام يدرأ عني سوطين	
المجنون يضرب له أجل سنة يتداوى فيها	
المرأة البدوية يتوفى عنها زوجها	
المرأة مع زوجها	
مَرٌّ من قبلك أن يظهر، عند النكاح	
معاقبة من طلق ألبنة	
المعتدة لها التصرف نهائياً والخروج سَحَرًا	
مغاضبة عمر بن عبد العزيز لبعض نسائه	
من ابتاع سلعة فحلف لرجل بالطلاق	
من اشترى أمة فلايقربها حتى يستبرئها	

صحيحه	صحيحه	صحيحه
	عمر بن الخطاب	من حلف بطلاق امرأة إن تزوجها
٦٨٧	ابن مسعود	
٧٠٦	الزهري	من حلف بالطلاق إن كلم فلاناً
٧٣٤	ربيعة	من شهد عليه ثلاثة يُقرُّ كل واحد
	علي بن أبي طالب	من طلق بنفط البائن والحلّة والبريّة
٨٥٠	ابن عمر	
٦٧١	عمر بن الخطاب	من طلق دون الثلاث ثم ارتجع
٤٥٢	ابن المسيب	من طلق فيشهد على طلاقه ورجعته
٧٣٨	يحيى بن سعيد	من طلق وأشهد ثم كتم
٧٦٢	عمر بن الخطاب	من ظاهر من أربع نسوة بكلمة واحدة
	القاسم بن محمد	من ظاهر من أمته جاز له عتقها
٨٠٠	سالم بن عبد الله	
		من قال : إن تزوجت فلانة فهي
٧٧٣	عمر بن الخطاب	كظهر أمني
٨٨٩	ربيعة	من قال : إن لم أضرب فلاناً فأنت طالق
٨٥٥	عمر بن الخطاب	من قال ألبتة فقد رمى الغرض الأقصى
٨٥٢	ربيعة/الزهري	من قال الحلال عليّ حرم
	عمر بن الخطاب	من قال لامرأته : أنت عليّ حرام
	علي بن أبي طالب	
٨٥٠	ابن عمر	
٨٦٠	الحسن البصري	من قال لزوجه : أنت طالق فاعتدي
	عمر بن الخطاب/ابن عمر	من قال : والله مالي امرأة
٨٦٩	عطاء بن أبي رباح	

الاسم	المصنف	الصفحة
من قذف ابن الملائنة جلد الحد	عبي بن أبي طاسب	
	ابن عمر	٩٣١
من لاعن زوجته ثم قذفها	ربيعة	٩٣٢
من مات عنها زوجها وهي حامل		
فلانفقة لها	حابر بن عبد الله	
	أبو أمامة/ابن المسيب	
	سليمان بن يسار	٤٧٩
من ملك امرأته أمرها فلم تقبل نفسها	علي بن أبي طالب	
	ابن عمر/أبو هريرة	٨٢٤
من وطئ جارية بملك يمينه وعنده أختها	علي بن أبي طالب	٩٧٨
نرى أنها ترثه لأنها ليست من القواعد	علي بن أبي طالب	
	زيد بن ثابت	٥٦٦
	ربيعة	٥٢٨
النفقة على الأبوين المسلمين	ابن عباس	١٤٦
نكاح الحرة على الأمة طلاق الأمة	عثمان بن عفان	
نكاح المحلل لا يحل المبتوتة	علي بن أبي طالب	
	ابن عباس	٣٦٢
يُجلد العبد بما كذبها وحبها	الزهري	١٥٨
يجزئ عتق لأعور في لظهار	النخعي/الحسن البصري	٨٠٢
يجزئ عتق ولد الزنا في الكفارات	أبو هريرة	٨٠٤
يحصن الحر المملوكة وتحصن الحرة العبد	علي بن أبي طالب/ربيعة	٣٥٣
يعاقب من طلق ألبنة	علي بن أبي طالب	٨٥٠
يُفرق بالشك ولا يجمع به	ابن عمر	٦٧٣

الصفحة	الصفحة	
٩٠٧	عمر بن الخطاب / ابن عمر	يفرق بين المتلاعتين ولا يجتمعان أبدًا
٧٧٦	انزهري	يلزم العبد الظهار كالحرة
		ينكح المسلم النصرانية ولا ينكح النصراني المسلمة
٣٧٢	عمر بن الخطاب	يوقف المولي إذا مصت الأربعة أشهر
	عمر بن الخطاب	
	عثمان بن عفان	
٨٩٤	ابن عمر / عائشة	

فهرس الأعلام المترجم لهم

٤٥٦	أبان بن عثمان بن عفان بن أبي العاص الأموي المدني
٢٨٥	أبو ثور إبراهيم بن خالد البغدادي
٢٧٥	أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الرحمن ليرقي المصري
٥١٩	أبو عمر أحمد بن سعيد اخمداني المعروف بابن الهدي
١٠٤	أبو بكر أحمد بن عبد الرحمن الخولاني
٥٤	أبو بكر أحمد بن عبد الرحمن الصقلي المعروف بابن الحصائري
٢٦٢	أبو مصعب أحمد بن القاسم بن الحارث بن زرارة القرشي الزهري
٢٧١	أبو جعفر أحمد بن محمد لأشعري المعروف بمحمد بن القطان
٥١٦	أبو عبد الله أسد بن الفرات بن سنان
٤٧٩	أبو أمامة أسعد بن سهل بن حنيف الأنصاري الأوسي
٢٤	أبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل الأزدي
٣٩٧	أبو عبد الله إسماعيل بن أبي أويس الأصبحي المدني
٣٧	أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري
١٥	أبو عبد الله أصبغ بن الفرّج بن سعدي بن نافع المصري
١٢١	أميمة بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب
٧٤٥	أوس بن الصامت بن قيس بن أصرم الأنصاري الخزرجي
٨٢	بريرة مولاة عائشة
٥٦٢	أبو الفضل بكر بن العلاء القشيري لبصري
٢٣٣	بكير بن عبد الله بن الأشج انقرشي المدني
٤٦٧	ثابت بن قيس بن شماس الأنصاري الخزرجي

- ٢٦٨ أبو الشعثاء جابر بن زيد الأزدي البصري
- ٤٧٩ جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري لسلمي
- ٣٩٢ جبة بن حمود بن عبد الرحمن بن جبة الصديقي
- ٥٦٦ حبان بن منقذ بن عمرو المزني الأنصاري
- ٩٢٩ أبو علي حسن بن خلدون البلوي
- ٦٠ الحسن بن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم
- ٣٠١ أبو علي الحسين بن أيوب بن سليمان المعروف بالصيرفي
- ٨٢ حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق
- ٢٨٥ أبو إسماعيل حماد بن أبي سليمان
- ١٢٠ أبو عمارة حمزة بن عبد الله بن عمر بن الخطاب
- ١٦ أبو سعيد خلف بن عمر المعروف بابن أخي هشام
- ٥٢٠ أبو القاسم خلف بن أبي القاسم الأزدي المعروف بالبراذعي
- ٧٤٥ خولة بنت مالك بن ثعبنة بن أصرم الأنصارية
- ٣ أبو سليمان داود بن علي الظاهري
- ٤٧١ رافع بن خديج بن رافع الأنصاري الأوسي
- ٣٩ أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ القرشي التيمي
- ٥٢٣ زيد بن أسلم العدوي المدني
- ٣٣٠ زيد بن حارثة بن شراحيل الكعبي
- ٣٤٨ زيد بن خالد الجهني
- ٣٣٠ زينب بنت جحش بن رثاب الأسدية
- ٥٨٠ زينب بنت أبي سلمة بن عبد الأسد المخزومية
- ٣٧٤ زينب بنت محمد صلى الله عليه وسلم
- ٧ سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب

- ٤٠٧ سالم مولى أبي حذيفة بن عتبة بن ربيعة
 ٥٦٠ سبيعة بنت الحارث الأسمية
 ١١٨ أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن القرشي المخزومي
 ٧٦٨ سلمة بن صخر بن سليمان الخزرجي
 ٧٤٥ أبو داود سليمان بن الأشعث بن شداد السجستاني الأزدي
 ٣٨ أبو الربيع سليمان بن سالم انقطان لمعروف بابن الكحالة
 ٣٠٢ سليمان بن يسار المدني
 ٤٠٧ سهلة بنت سهيل بن عمرو القرشية العامرية
 ٤١٤ سودة بنت زمعة بن قيس القرشية العامرية
 ٣٨ أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس الكندي
 شريك بن عبدة بن مغيث بن الجذ بن العجلان ابلوي لمعروف
 ٩١٣ بشريك بن سحماء
 ٣٧٤ صفوان بن أمية بن خلف بن وهب الجهمي
 ٦٨ صفية بنت حيى بن أخطب
 ٢٦٩ أبو عمرو عامر بن شراحيل بن عبد الشعبي
 ٢٦٧ عامر بن الظرب بن عمرو بن عياد العدوني
 ٥٤ أبو بكر بن العباس
 ١٧٨ أبو العباس عبد الله بن أحمد التونسي لمعروف بالأيباني
 ٣٨٨ أبو محمد عبد الله بن إسحاق المعروف بابن التبان
 ٣٤٥ أبو جعفر عبد الله بن جعفر بن أبي طالب القرشي الهاشمي
 ٥٢١ أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني
 ٣٧٢ أبو سلمة عبد الله بن عبد الرحمن بن عوف القرشي الزهري
 ٥٢٣ أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم

- ٩٧٥ أبو محمد عبد الله بن عمر بن غنم الرعيي القيرواني
- ٦٠٣ أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري
- ٢٣٢ أبو محمد عبد الله بن محمد بن علي بن شريعة المعروف بالباجي
- ٢٣ أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم المصري
- ١٣١ أبو محمد عبد الله بن نافع المعروف بالصائع
- ٥٢٦ أبو محمد عبد الحق بن محمد بن هارون الصقلي
- ٣٢٦ أبو زيد عبد الرحمن بن إبراهيم بن عيسى بن يحيى بن بريد
- ٨٢ عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق
- ٤٥٨ عبد الرحمن بن أبي جعفر الدماطي
- ٤٦٦ عبد الرحمن بن حجر الخولاني المصري
- ١٩٤ أبو محمد عبد الرحمن بن أبي الزناد
- ١٧٤ أبو لقاسم عبد الرحمن بن علي بن محمد لكناني
- ١٦٧ أبو زيد عبد الرحمن بن عمر بن أبي الغمر
- ٢٨٥ أبو عمر عبد الرحمن بن عمرو الأزاعي
- ٥١٦ أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد العتقي
- ٥١٥ أبو سعيد عبد السلام بن سعيد ، الملقب بسحنون
- ٤٥١ أبو عبد الله عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سئمة الماجشون المدني
- ٥٢٣ أبو مروان عبد الملك بن حبيب السلمي
- ١٤ أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله الماجشون المدني
- ٣٥٣ أبو الوليد عبد الملك بن مروان بن الحكم لأموي
- ٥٢٨ أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الجلاب البصري
- ٥٢٥ أبو محمد عبد لوهاب بن نصر لبغداد
- ٣٥٣ عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود

الصفحة	الاسم
٧	عبيد الله بن عبد الله بن عمر بن الخطاب
٢٦٩	أبو بكر عتيق بن عبد الجبار بن الفرضي الصقلي
٢٩٤	أبو عمرو عثمان بن عيسى بن كنانة
٧	أبو محمد عروة بن الزبير بن العوام
٧٠٦	أبو محمد عطاء بن أبي رباح أسلم القرشي
٤١٠	عطاء بن أبي مسلم الخراساني
٥٣٤	أبو يزيد عقيل بن أبي طالب بن عبد المطلب
١٢	أبو الحسن علي بن زياد التنسي العبسي
٢٦٣	أبو الحسن علي بن عبد الله بن أبي مطر الاسكندري
٥٥٦	أبو احسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي المعروف بابن القصار
١٢	أبو احسن علي بن محمد بن خلف اعافري المعروف بابن القابسي
٤٥	عمر بن أبي سلمة بن عبد الأسد بن هلال القرشي المخزومي
١٠٣	أبو الفرج عمر بن محمد الليثي البغدادي
٧٣٠	عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي
٢٧٠	عمرو بن عبيد لبصري المعتري
٦٣٢	عمرو بن قيس بن زائدة بن الأصم القرشي المعروف بابن أم مكتوم
١٦	أبو محمد عيسى بن دينار بن وهب القرطي
٩٦٠	أبو موسى عيسى بن مناس السواتي
٣٧٨	غيلان بن سلمة الثقفي
٥٣٤	فاطمة بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشية
٤٧٨	فاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية
٦٣١	الفريعة بنت مالك بن سنان الخدرية
٩٤٢	فضالة بن عبيد بن نافذ بن قيس لأنصاري الأوسي

- ٤٦٤ فضل بن سلمة بن جرير الجهني
 ٣٨٧ فيروز الديلمي
 ٦٨٥ أبو عبيد القاسم بن سلام
 ٣٢ القاسم بن محمد بن أبي بكر لصديق
 ٦٣٢ أم كنثوم بنت أبي بكر الصديق
 ٨١ لبابة بنت الحارث بن حزن الهلالية
 ٣٧٤ أبو العاص لقيط بن الربيع بن عبد الغزى بن عبد شمس القرشي
 ٢٥٧ أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي
 ٨٥١ مارية بنت شمعون القبطية
 ٧ أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن دينار الجهني
 ٢٥٥ أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن رباح الإسكندراني ، المعروف بـ بين الموز
 ٥٢٣ أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن عبدوس السلمي البغدادي
 ٢٨٥ أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري
 ٤ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله بن خوير متداد
 ٥٢٤ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عتبة ، المعروف بالعتي
 ٢٨ أبو عبد الله محمد بن حارث بن أسد الحشني
 ٢٨٦ أبو بكر محمد بن أبي زكريا الوقار
 ٥٢٤ أبو عبد الله محمد بن سحنون القيرواني
 ١١٩ أبو بكر محمد بن سيرين الأنصاري
 ٨٦٥ أبو جعفر محمد بن عبد الله الأبهري المعروف بالأبهري الصغير
 ٣٧٥ أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن أبي زمنين الالبيري
 ٢٨ أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم
 ٦١٥ أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيشون الطليطبي

- ٢٢٥ أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد الأبهري
 ٥٧٢ أبو عبد الله محمد بن عجلان القرشي المدني
 ٦٣٩ أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري
 ٦٠٣ أبو عبد الله محمد بن عمر بن واقد الأسلمي الوقدي
 ١٣٣ أبو بكر محمد بن محمد بن وشاح المعروف بابن البباد القيرواني
 ٢٤ أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري
 ٤٧١ محمد بن مسعدة بن سلمة الأنصاري الأوسي
 ٥٤٢ محمود بن ليبد بن عقبة بن عبد الأشهل الأنصاري
 ٨٣٩ مروان بن الحكم بن أبي العاص القرشي الأموي
 ١٤ أبو مصعب مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان الهلالي المدني
 ٤٢ معقل بن يسار بن عبد الله بن معبر المزني
 ٥٣ أبو هاشم المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي
 ٨٢ المنذر بن الزبير بن العوام بن خويلد -
 ٦٤٧ أبو محمد موسى بن طارق السكسي الزبيدي الملقب بأبي قرّة
 ١٠ أبو عمران موسى بن عيسى بن أبي لحاج، لفاسي القيرواني
 ٨١ ميمونة بنت الحرث بن حزن الهلالية
 ٧ أبو عبد الله نافع القرشي
 ٩٧٨ النعمان بن بشير بن سعد الأنصاري الخزرجي
 ٤٠٨ أبو حذيفة هشيم بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشي
 ٩١١ هلال بن أمية بن عامر بن قيس الأنصاري
 ١١٧ أم سلمة هند بنت أبي أمية بن المغيرة المخزومية
 ٣٧٣ هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشية
 ٦٣١ أبو سفيان وكيع بن الجراح بن مليح الكوفي

- ٣٦٢ أبو العباس الوليد بن مسلم الدمشقي
 ٦٤١ أبو زكريا يحيى بن زكريا بن مزين القرطبي
 ٥٥ أبو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس بن عمرو الأنصاري
 ٣٣٦ أبو زكريا يحيى بن عبد الله بن بكير القرشي المصري
 ٢٣٥ أبو زكريا يحيى بن عمر بن يوسف الكناني الأندلسي
 ٤٢٤ أبو محمد يحيى بن يحيى بن كثير الليثي القرطبي
 ٣٧٩ أبو عبد الله يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي المدني
 ٢٦٩ أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي
 ٧٩٤ يونس بن عبيد بن دينار المصري
 ٦٩ يونس بن يزيد بن أبي النجاد الأبيي

فهرس القواعد الأصولية

الصفحة	المادة
--------	--------

٦٨١/٦٧٩	إذا اجتمع في شيء احظر و لإباحة يغلب جانب الحظر
	إذا كان للسلف قولان لم يجوز أحداث قول ثالث بعد
٦١١	انقراضهم
٥٧٧/٥٤٥	الأصل في الأوامر أنها على الفور
٣٧١/٣٣٣	الجاهل يعذر لجهله
٩٨٨/٩٨٥	الحديث إذا وردت فيه زيادة تردها الأصول كانت
٧٤٠	الأصول أولى
٤٨٢	الشرط إن يخالف السنة فهو باطل
٢٦٠/١٣٦	لا يترك أمر واجب لأمر قد يكون أو لا يكون
	لا يجوز نقل أصل من الأصول التي جعلها الله لحكم ما
٧٦٠	إلى أصل آخر أوجب فيه حكماً خلافه
	لا يكره ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم واستعمله السلف
٨١٥	بعده

فهرس القواعد الفقهية

الصفحة	المادة
٩٣	الاجتهاد لا يُتَّقَضُ باجتهاد مثله
٨١٦	اختيار البعض فيما لا يتبعُّ اختياراً له يكمله
٧٦٦/٢٦٩	الأقل يتبع الأكثر في أكثر الأحكام
٦٠٢	التحريم يكون بالأقل
٤٢١	تعلُّق التحريم يكون بالكثير
٢١٦	الخراج بالضمان
١٤٥	الضرر لا يزال بمثله
٤٦٩/١٤٦/١٤٥/٥٧/٤٩	الضرر يزال
٦١٠/٤٧٢	
٥٨٤	الضرورات تبيح المحظورات
٢٥٤/٢٥٠/٢١٣/٢٠٦/١٩٨	العادة مُحْكَمَة
٤٤٣/٤٣٤/٣٠٨/٢٩٢/٢٥٥	
٨٥٣/٥٦٦	
٩٤٤/٨٠٤/٦٥٧/٢٥٥/٢٥٠	الغالب كالحقِّق
٩٦٥/٩٥٩	
١٧٧	فساد المعقود به يستلزم فساد العقد
	الفعل إن كان له حكم في نفسه فلا يكون
٧٣٢	تكراراً للأول
٨٦١	اللفظ المحتمل يُرجع فيه إلى نية قائله
٢٩٩/٢٦٧/٢٠٨/٩٦/٥٣/٤٩	لا ضرر ولا ضرار
٥١٦/٥١١/٤٨٧/٤٧٠/٤٦٩	
٨٨٣/٨٧٥/٦٣٢	

القاعدة	المصدر
لا يجمع بين العوض والمعوّض	٤٧٢
لا يجوز أن يُثبت الشيء بما ينفيه	٩١٧
ماقارب الشيء فله حكمه	٨٦٠/٨٤٩/٤٠٦
مالا يجوز ابتداءً لا يصح بقاء	٣٦٦
مانهى الله عنه لا يحلّ ما أمر الله به	٤٤٥/٣٦٠/٣٥٩
المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً	٤٣٤
من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه	٧١٦/٧١٥/٥٩٣
من رضي بسقوط العوض لم يجب له بدن	٤٩٣
الواجب إذا سقط مرة لا يعود	٥٢٦/٥١٢
الواجب لا يترك للمحتمل	٨٨٣/٢٦٢/٢٦٠/١٣٦
اليقين لا يزول بالشك	٦٧٣

فهرس الضوابط الفقهية

- كل امرأتين من ذوات المحارم لو كان موضع إحداهما ذكراً لم
تحل له الأخرى لم يجز جامع أن يجمع بينهما ٣٤٣/٣٣٦
- كل جارية كان للبائع أن يزوجه قبل أن يستبرئها فذلك جائز
للمبتاع إذا قبها بعد الشراء ، فإذا لم يكن ذلك للبائع حتى
يستبرئها كان المبتاع مثله ٩٧١
- كل جنس توكل ذبائحهم يجوز نكاح نسائهم كالمسلمين ٣٨٣
- كل حامل بانث من زوجها بيتات أو خلعت أو غيره وقد علم
بحملها أم لا ، فإن لم تتراً من نفقة حملها فلها النفقة في الحمل
والسكنى والكسوة ٤٧٨
- كل دين لحق المأذون له في التجارة كان دينه فيما في يديه وفي
كسبه في التجارة دون خراجه وعمل يده ، ولأما فضل من
ذلك بيده ١٣٧
- كل صداق نكاح استحله أهل لشرك فيما بينهم فهو جائز
إذا أسلموا عليه وقد بنى ٣٩٢
- كل صفقة جمعت حلالاً وحراماً فلا يجوز في أسبوع والنكاح ٣٢٤
- كل طاهر منع من وطئها منع أيضاً من التلذذ بها بشئ من
دواعي لو طء كالمبيعة غير المسبية والمحرمة ٩٨٧
- كل طلاق فيه رجعة فلها النفقة والكسوة والسكنى حتى
تنقضي عدتها ٦٤٢
- كل طلاق وقع في مرضه بخلع أو تخيير أو تمليك أو إيلاء أو
لعان فإنها ترثه ٧١٨

- ٨٧ كل عقد كان فاسداً ثم أجزى فلا بد فيه من الاستيرء
كل غلة أو ثمرة للمرأة خاصة بضمانها ، كانت في يدها أو
- ٢١٦ في يد الزوج
كل فرقة من قبل السلطان فهي طليقة بائنة وإن لم يؤخذ
عنها مال
- ٧٠٩ كل فرقة يجوز الثبوت على النكاح مع الحال الموجهة لها
فإنها طلاق لا فسخ
- ٤٦٨ كل الكفارات لا يجزئ فيها إلا أن يطعم حرّاً مسلماً مسكيناً
٧٩٤ كل الكفارات لا يجزئ فيها إلا رقبة مؤمنة سليمة من العيوب
الفاحشة
- ٧٩٦ كل كلام ينوي به الطلاق فهو طلاق
٨٤١ كل لبن في وطء صحيح أو فسد أو حرام أو زنا فالحرمة فيه
من قبل الرجل والمرأة
- ٤١٥ كل لبن من وطء بفساد نكاح مما لاحد فيه ، أو وطء لا يجوز
بالمملك فالحرمة تقع فيه من قبل الرجل والمرأة
- ٤١٥ كل ما اختلف فيه من نكح لا يجل ولا يحصن
٣٦٠ كل ما اختلف اناس في إجازته أو رده فالفسخ فيه بطلاق ويقع
فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ
- ٩٢ كل ما أصدق الرجل امرأته من حيوان ، أو رقيق بعينه تعرفه
المرأة أو دار
- ٢١٥ كل ما حدث بالأمة في المواضعة من مرض أو هلاك أو عيب أو
غيره فمن البائع حتى ترى حيضة مستقيمة
- ٩٧٦ كل ما رددنا من مثل هذا أو أجزنا الخلع فيه لم يرجع عليها
٤٩٢ الزوج بصدّق المثل ولا غيره

- كل ما شرطه أهل الشرك من أمر مكروه فإنه لا يثبت من ذلك
إلا ما كان يثبت في الإسلام ، ولا يفسخ من ذلك إلا ما كان
يفسخ في الإسلام ٣٩٢
- كل ما فسخ بطلاق فقيه الميراث ، وكل ما فسخ بغير طلاق
فلاميراث فيه ٩٣
- كل ما فسخ قبل البناء لفساد صداقه فلامتعة فيه ، وكذلك إن
لم يفسخ حتى صلقتها قبل البناء فلامتعة عليه ٤٦٣
- كل ما فسخ نكاحه قبل البناء مما اختلف الناس فيه ، فإنها
لا تلحل لأبيه ولا لابنه ٩٤/٩٣
- كل ما فسد من النكاح لصداقه كالنكاح بالآبق والشارد
والثمرة التي لم يد صلاحها ففسخ قبل البناء فلا صدق فيه
ولامتعة ٢٥٨
- كل ما فسد من نكاح من حرم بالرضع بعد البناء فنها
المسمى ، ولا يلتفت إلى صداق مثلها ٤٣١/٩١
- كل ما قارب ذلك من أنفاذ الطلاق فله حكمه ٨٤٩
- كل ما كان في الزوجة ظهاراً فهو في الأمة ظهار ٧٦٠
- كل ما كان لله على المرتد قبل ارتداده فإنه يوضع عنه إن
رجع إلى الإسلام ٤٠٠
- كل ما لزم الإنسان إزالته بغير عوض لم يجز له أخذ العوض عليه ٤٦٩
- كل ما لزم فيه كفرتان فحدث عليه الثاني بعد أن أخذ في
الكفارة عن الأول فلا يجزئه إلا أن يتم الأولى ويتدئ الثانية ٧٦٦
- وكل ما لزم فيه كفارة واحدة فإنه يجزئه أن يتدئ من وقت
ظهاره الثاني مضى أكثر الكفارة الأولى أو أقصاها ٧٦٦
- كل ما نص الله تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام على تحريمه
لا يختلف فيه فالفسخ فيه بغير طلاق ٩٣/٩١

- كل ما يفسخ قبل البناء لصداقه فإيه يفسح في الحيض عند
 ٥٤٩ ابن القاسم وأشهب
- كل ما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده
 ٢٥٨
- كل مضطر فإن إعانته واجبة
 ٤٣٦
- كل مطلقة أو بائعة بطلاق أو بيتات أو بخلع أو بمبارأة أو
 ٦٤٠ بلعان ونحوه فلها السكنى
- كل معتدة لوفاة زوج عليها تربص أربعة أشهر وعشر إن
 كانت حرة مسلمة أو كتابية ، بنى بها أو لم ين ، صغيرة
 كانت أو كبيرة ، والزوج صغيراً أو كبيراً ، حراً أو عبداً ،
 ٦٢٧ مجبوراً أو سليماً
- كل معتدة من وفاة أو طلاق بائن أو غير بائن تأتي بولد ،
 وقد أقرت بانقضاء عدتها أو لم تقر ، بأنه يلحق بالزوج ،
 ما بينها وبين خمس سنين فأدنى إلا أن ينفيه الحي بلعان ،
 ٦٠٤ ويدعي أنه استبرأ قبل طلاقه
- كل معتدة من وفاة زوجها عليها الإحداد
 ٥٨١
- كل معنى إذ طرأ على النكاح أجب فسخه فإذا وجد في
 ٣٩٦ الابتداء منع العقد
- كل معنى أوجب حرمة مؤبدة فمعتبر وجوده من غير عدد
 ٤٠٥ كانعقد والوطء
- كل مقيم مع زوجته ببند يرى حملها ولم ينتف منه حتى
 وضعت فليس له أن ينتفي منه بعد ذلك ، كانت امرأة
 ٩١٩ حرة أو أمة أو كتابية
- كل من اجتماعاً على ثدي واحد فهما أخوة رضاع ،
 ٤١٧ والتحريم واقع بينهما

- كل من أمرتها بالرجوع إلى بيتها فكانت لاتصل حتى تنقضي
عدتها فلا ترجع ، ولتقم بموضعها أو حيث شاءت ، لا أن تعلم
في التقدير أنها يبقى من عدتها بقية بعد وصولها فلترجع
٦٣٨ كل من انتقل إلى ملكه ملكة كانت في حوز غيره - بأي
وجه ملكها - أن يستبرئها بحيضة إن كانت ممن تحيض
٩٤١ كل من حُكم بقوله فلا بد من يمينه
٤٤٤ كل من حلف ألا يطاء امرأته حتى يفعل كذا فهو مول ، كان
ذلك الشيء مما يقدر على فعله أم لا
٨٧٥ كل من حلف على فعل أو خروج إلى بلد وذلك لا يمكنه
حينئذ ، لم يكن على حث حتى يأتيه وقت يمكنه ، فمن
يومئذ يكون على حث
٨٨٧ كل من حث أم لا فهو حاث
٦٦٥ كل من خرج من بلده منتقلا لسكنى بلد آخر غير بلد الأم
من أب أو أحد أولياء الولد ، فله الرحلة به إذا كان الولد
في كفاية ، تزوجت الأم أم لا
٥١٨ كل من خلا بامرأة لا ينبغي له أن يحامعها في تلك الحال ،
فادعت أنه قد مسها صدقت إذا كانت خلوة بناء
٤٤٧ كل من رفعت منهن إلى التسعة فهي في ضمان البائع إلى
تمامها ولا توطأ دون ذلك
٩٧٧ كل من طلق إلى أجل آت لزمه الطلاق مكانه
٦٦١ كل من له الحضانة من أب أو رحم أو عصبه ليس له كفاية
ولا موضعه يحجز ، ولا يؤمن في نفسه ، فلا حضانة له
٥١٦ كل من لا تؤكل ذبائحهم لا يجوز نكاح نسائهم
٣٨٣ كل من لا يجوز قضاؤه في جميع ماله فطلق في حاله تلك
فلامراته الميراث إن مات من مرضه ذلك
٧١٩

المصنف	المصنف
٧٠٢	كل من لا يجوز نكاحه لا يصح طلاقه
٥١١	كل من هي أقرب رَحماً بالأم من لنساء فهي أحق بالحضانة بعد الأم
٣٨٣	كل من يجوز وطء حرائرهم بانكاح يجوز وطء إيمانهم بالملك كالمسلمين
٣٣٧	كل من يحرم الجمع بينهما ممن يجوز له نكاح إحداهما بعد صاحبته فليثبت على الأولى ويفارق لأخرى فسحاً بغير طلاق
٧٩٨	كل من يعتق عليه إذا مسكه فلا يجزئه عتقه عن ظهاره
٥٣٢	كل نفقة على الأقارب فإنها لا تلزم انتقالاً وإنما تحب ابتداء
٨٠	كل تقصر منع وجوب صلاة الجمعة وتقيد الحكم منع ولاية عقد النكاح عني النساء كالنساء
٩٤	كل نكاح يختلف الناس فيه فالحرمة تقع فيه كالحرمة في النكاح الصحيح الذي لا اختلاف فيه
١٢٤	كل نكاح استكتمه الشهود وإن كثروا ، أو عقد على وجه الاستسرار ، أو سئل الشهود أن يكتموا ذلك من امرأة له أخرى ، أو يكتموا ذلك في منزل التي نكح ويظهروه في غيره ، أو يظهروه في المنزل ويكتمونه في غيره ، أو يكتمونه ثلاثة أيام ونحوه ، فذلك كله من نكاح السر يفسخ أبداً ما لم يطل
٤١٦	كل نكاح حرام لا يحق فيه الولد كنكاح الخامسة أو الأخت من الرضاة ، الحرمة تقع فيه من قبل الرجل والمرأة
٥٤٩	كل نكاح يفسخ بعد البناء لحرامه ، أو كان مما يفسخ بطلاق للاختلاف فيه فإن ذلك كله يفسخ في الحيض
٨٩	كل نكاح يكون للولي أو لأحد الزوجين أو لغيره امضاؤه أو فسخه ، فإن فسخه إياه بطلاق ، وتكون تطليقة بائنة

- كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه مثل نكاح الشغار ونكاح
 المريض والمحرم وما كان صداقه فاسداً... الخ فالفسخ في ذلك كله
 بغير طلاق ولا يقع فيه طلاق ولا ميراث فيه ٩٠
 كل وطء أحصن الزوجين أو أحدهما فإنه يحل المبتوتة ٣٥٩
 كل وطء فاسد فلا يوطأ فيه حتى يستبرأ ٩٦٩
 كل وطء كان فاسداً يحق فيه الولد ففرق بين الزوج والمرأة
 فلا يزوجها حتى تنقضي عدتها ١٠٠
 كل وطء لا يلحق فيه الولد فإن لبنة مُحَرَّم من قبل فحله ٤١٥
 كل وطء نهى الله سبحانه عنه فإنه لا يحصن ولا يحل حتى يوطأ
 بعده وطفناً صحيحاً ٣٥٩
 كل وطء يملك أو شبهة نكاح في عدة نكاح يحرم ٦٠١
 كل يمين بالطلاق لا يعلم صاحبها أنه فيها بار فهو فيها حائث ٦٦١
 كل يمين كان عليه من طلاق أو صلقة أو شيء من الأشياء ،
 فهو موضوع عنه إذا أسلم ٧٥٣
 كل يمين منعت من الجماع فهي إيلاء ٧٧٩
 كل يمين منعت من الجماع ، ولا يقدر صاحبها على الجماع
 لمكانها فهو بها مول ٨٧٨
 يس كل من يحرم عليك نكاحه أن لو كان امرأة يحرم عليك ما نكح ٣٤٤

فهرس الأماكن والبلدان

البلد أو المكان	الصفحة
لا سكندرية	٥١٩/٢٣
اسوان	٣٣
إفريقية	٨٨٩/٧٤٢/٦٣٦/٦٢٥/٥٣٦/١٧٨/٤٨/٤٧
الأندلس	٦٣٦/١٧٩/١٧٨/٤٨
أوطاس	٩٤١/٣٧٨
بطائح البصرة	٧١٨
بلرم	٥٢
البيداء	٦٣٦
تونس	٢٨٦
الحجاز	٧٣١/٦٨٤
ذو الحليفة	٦٣٦
خراسان	٩٠٠/١٧٩/١٧٨
الشام	٦٩٢
صقلية	٥١
الصهباء	١١٧
طنجة	٤٨
الفسطاط	٦٩٤/٦٩٣/٦٨٩/٥١٩
قرطبة	٦٩٤/٦٩٠
القيروان	٦٩٠/٢٨٦/٢٠٦
المدينة	٦٣٦/٤٩٨/٣٠٦/١٧٩/١٧٨/١٧/١٣١/٣٣
مصر	٨٥٤/٨٨١/٧٤٢
مكة	٩٦٢/٧٣٢/٦٩٢/٦٨٩/٦٣٦/١٧٩/٣٣
مبل	٧٣٢/٦٧٤
المنستير	٦٣٦
المهدية	٥٩
اليمن	٥٣
	٨٧٥

فهرس المصطلحات الفقهية المعرفة

المصطلح	الترقيم
الإحداد	٥٧٩
الاستبراء	٩٤١
الاستحقاق	١٥١
الاعتصار	١٩١
إقالة	٩٤٧
الإيلاء	٩٤٧
بيع العُربان	٩٨٢
بيع العرّية	١٨٠
التحكيم	٢٤٦
التخير	٨١٢
التفويض	٢٣٧
التمليك	٨١٢
الجائحة	١٧٩
الحضانة	٥١١
الحمالة	١٨٩
الخنوع	٤٦٧
الرجعة	٤٤٩
الرّضاع	٤٠٣
السّلم	١٨١
الشّغار	٩

الصفحة	المصطلح
٣٠	الشُّفْعَة
١٧٢	الصَّرْف
٥٣٩	الطَّلَاق
٧٤٤	الظَّهَار
٥٣٩	العِدَّة
٣٠	عَهْدَةُ الرَّقِيق
١٥٠	الغُرُور فِي النِّكَاح
١٩	القَضْب
٢٤٨	الفَوَات فِي الْمَبِيع
١٧٢	القَرَاض
٩٠٦	اللَّعَان
٤٦٠	مُتَعَةٌ بِمُطَبَقَةٍ
٧٨	الْمُدَبِّر
٧٨	الْمُكَاتَّب
٩٤٥	الْمُوَاضَعَة
١	النِّكَاح
١٢٣	نِكَاح السَّر
١٨	نِكَاح الْمُنْعَة
٢٢	الْوَلِي

فهرس الألفاظ الغريبة

الصفحة	اللفظ
١٢٥	الأبداد
٥٢١	الإثغار
٥٨٤	الدهان المرببة
٥٨٥	لاستحداد
٧٣٦	الاستهلال
٧٧	الأسقف
١٣٥	الاعتراض
١٤٠	اغترى
٣٤	الافضات
٥	أنق أرحاماً
٩٣٣	الأورق
٢٣	الأيتم
١١٥	البرابط
٢٠٤	البदन
٧٠١	البرسام
١٦٠	البرص
٣٣	البريد
٩٦٢	البراز
١١	البضع
٥٨٣	البنفسج

الصفحة	المصطلح
٣٢٩	التَّبَيُّ
١٨٨	تَحَاصُّ الغُرْمَاء
٥	تَرَبَّتْ يَدَاكَ
٤	التَّسْرِي
٥٨٠	تَفْتَضُ
٢٢٣	التَّلَوُّمُ
٢٧٤	تَهَاوَرُ الْبَيْنَاتِ
٣٠٩	التَّوَرُّ
١٣٧	الجَائِفَةُ
٥٨٣	أَجْبَةٌ
١٧٦	الْجَدَادُ
٨٩	الْجُذَامُ
١٨٥	أَجْزَافُ
١٦٩	جَهَازُ الْمَرْأَةِ
٢١٩	حَابِي
٣٠٩	أَحْجَالُ
١٨٤	أَخْطُ
٥٨٠	أَحْفَشُ
٥٨٥	أَحْمَامُ
٧١٩	أُحْمَى الرَّيْعِ
٢٦١	أَحْوَزُ
٣٢٦	أَحْتَنَةُ الرَّجُلِ
٩١٣	أَخْدَلَجَ السَّاقِينَ

الصفحة	المصطلح
٣٣٤	الْحَدَنُ
٥٨٣	الْحَرَصُ
٣١٧	الْحَزْزُ
٣٠٩	الْحُصُّ
١٣٤	الْحَصِي
١	الْخِطْبَةُ
١٥٨	حَلَبُهَا
٥٨٣	الْمُخْلَعَالُ
٥٨٣	الْخَيْرِي
٤٤١	دَحُولُ اهْتِدَاءٍ
٦٢٤	الدَّرَبُ
٦٤١	الدَّرْعُ
٥٧	الدَّعَارَةُ
٤٦٦	الْدِيَوَانُ
٦٩٠	الرَّبَضُ
٢٨٦	الرَّبْعُ
٣٢٥	الرَّيْبَةُ
١٦٤	الرَّقَقُ
٢١٨	الرَّقْمُ
٧٩٢	الرَّيْعُ
٣٠٣	النُّورُ
٣٠٦	الزَّمانَةُ
٥٨٣	الزَّئْبِقُ

الصفحة	المبحث
٣٠٠	السُّؤَال
٤٠٩	السُّعُوط
٩٥٤	السُّمَسَار
٧٩٢	السُّوَيْق
٢٣٧	السُّطَّاط
١٧٤	السُّتْقَص
٣٠٠	السُّنْمَة
١٧٣	السُّوَار
٥٨٤	الشَّيْرَج
٤١٠	الصُّيْر
١٨٥	الصُّوْرَة
٣١٥	الضَّيْعَة
٩٦١	الطَّابِع
٣٠٩	الطُّسْت
٩٤٩	الطَّمْث
٤٣٢	الظُّوْرَة
٣٠٠	العَبَاءَة
٥٢٠	العَبْد المَخَارِج
٣٤٧	العَصِيْبَة
٥٨٢	عَصَب اليمين
٤٢	العَضَل
٣٧٩	العَلَج
١٨٢	عِلْيَة الرقيق

الترتيب	المصطلح
٤	العَنْت
٤١٠	العَنْزُرُوت
٢٩	العَيْن
١٩٦	غَبْطَة
١١٥	الغُرْبَان
١٥٢	الْغُرَّة
٢١٥	الغِة
٤١٢	الغِلَّة
٧١٩	الْفَالَج
٢١٧	فِرَّة
٦٠٥	القَفَّة
٣٠٩	القَبَاب
٥٨٣	الْقُرْط
٣٦٠	القَصَّة البيضاء
٤٤	القَعْدَد
١٨٥	الْقِلَال
٧٠٧	قَمِينًا
٢٨٩	القَوَابِل
١١٥	الْكَمَر
٥١٢	الْكُتَاب
٢٨٨	الْكَنَان
٥٨٤	الْكَنَم
١٦٠	الْكَشَح

الصفحة	الموضوع
٤٠٩	الدُّود
١٦٧	لِغِيهِ
١٩٠	الْمُبَارَاةُ
٣٤	المُحِبُّوب
٢٢٠	الْمُحَابَاةُ فِي الْبَيْعِ
٤١٠	الْمُرُ
٣٠٩	الْمُرَاقِقُ
٥١٩	الْمُرْحَمَةُ
٩٠٧	الْمُرَوْدُ
١١٦	الْمُرْهَرُ
٢٢	الْمُعْتَسَةُ
٥٣٦	المقصورة
٣٠٩	الْمَنَارَةُ
٣٠٩	الْمِنْطَقَةُ
٧٩٦	مَنْقُوسًا
٣٦	المواسي
١٧٤	المَوْضِحَةُ
٣٥	المَوْلَى عَلَيْهِ
٢٣٠	مِخْنَةٌ
٢٨٤	النَّشُورُ
٧٩	النَّفَازُ
٧١٩	النَّوْءُ
٥٨٥	النُّورَةُ

الصفحة	الموضوع
٤١٠	لَوْجُور
١٨٢	لَوْحَش
١٥	الْوَسَط
١٥	الْوَصِيف

فهرس المصادر والمراجع

- * القرآن الكريم .
- * الإجماع
- تأليف : محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري .
- تحقيق : فؤاد عبد المنعم أحمد .
- الاسكندرية : دار الدعوة ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٢ هـ .
- * الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان
- ترتيب : الأمير علاء الدين علي بن ببيان الفارسي .
- ضبط : كمل يوسف الحوت .
- بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٧ هـ .
- * إحكام الفصول في أحكام الأصول
- تأليف : أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي .
- تحقيق ودراسة : عبد الله بن محمد الجبوري .
- بيروت : مؤسسة الرسالة ، انطبعة الأولى ، ١٤٠٩ هـ .
- * أحكام القرآن
- تأليف : أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي .
- تحقيق : علي محمد البجاوي .
- بيروت : دار إحياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى ، ١٣٧٦ هـ .
- * الاستيعاب في أسماء الأصحاب
- تأليف : يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي .
- بيروت : دار الكتاب العربي ، ط ، ت : بدون .
- مطبوع بهامش الإصابة لابن حجر .
- * الإشراف على مسائل الخلاف
- تأليف : القاضي عبد لوهاب بن نصر لبغدادى .
- نشر : مطبعة الإرادة ، ط : بدون ، ت : بدون .

- * الإصابة في تمييز الصحابة
- تأليف : الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر لعسقلاني .
بيروت : دار الكتب العربي ، ط : بدون ، ت : بدون .
الأعلام *
- تأليف : خير الدين الزركلي .
دار العلم للملايين ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٤ م .
الأم *
- تأليف : الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي .
تخريج وتعليق : محمود مطرجي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣ هـ .
بداية المجتهد ونهاية المقتصد *
- تأليف : أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة العاشرة ، ١٤٠٨ هـ .
بلوغ المرم من أدلة الأحكام *
- تأليف : الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني .
تصحيح وتعليق : محمد حامد الفقي .
بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ط : بدون ، ت : بدون .
البيان والتحصيل وشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة . *
- تأليف : أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد لقرطبي .
تحقيق : محمد حجي ، وأحمد الشرقاوي إقبال .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط : بدون ، ١٤٠٤ هـ .
تاريخ التراث العربي *
- تأليف : فؤاد سزكين ، ترجمة : محمود فهمي حجازي .
الرياض : إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، ط :
بدون ، ١٤٠٣ هـ .

- * تحقيق النصوص ونشره
تأليف : عبد السلام هارون .
القاهرة : مكتبة الخانجي ، طبعة الأولى ، ١٣٩٧ هـ .
- * تحرير ألفاظ التنبيه
تأليف : الإمام محيى الدين محيى بن شرف النووي .
تحقيق : عبد الغني الدقر .
دمشق : دار القلم ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨ هـ .
- * تحفة الأريب بما في القرآن من لغريب
تأليف : أثير الدين أبي حيان الأندلسي .
تحقيق : سمير المذنوب .
بيروت : المكتب الإسلامي ، طبعة الأولى ، ١٤٠٣ هـ .
- * تحفة إنفهاء
تأليف : علاء الدين السمرقندي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٤ هـ .
- * تخريج الأحاديث النبوية الواردة في مدونة الإمام مالك بن أنس
إعداد : الطاهر محمد الدرديري .
مكة المكرمة : مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦ هـ .
- * ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك
تأليف : القاضي عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي .
تحقيق : أحمد بكير محمود .
بيروت : دار مكتبة الحياة ، ط : بدون ، ت : بدون .
- * تعجيل المنفعة بزوائد الأئمة الأربعة
تأليف : الحافظ أحمد بن عسي بن محمد بن حجر العسقلاني .

- تحقيق : عبد الله هاشم يماني المدني .
القاهرة : دار المحاسن للطباعة ، ط : بدون ، ١٣٨٦ هـ .
- *
التفريع
- تأليف : أبي القسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب نبصري .
دراسة وتحقيق : حسين بن سالم الدهماني .
بيروت : دار العرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨ هـ .
- *
تفسير القرآن العظيم
- تأليف : 'الحافظ عماد لدين إسماعيل بن كثير الدمشقي' .
بيروت : دار المعرفة ، ط : بدون ، ١٤٠٣ هـ .
- *
تقريب التهذيب
- تأليف : الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني .
تحقيق : مصطفى عبد لقادر عطا .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣ هـ .
- *
التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير
- تأليف : الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني .
تصحيح وتعليق : عبد الله هاشم اليماني .
معلومات النشر : بدون .
- *
التنقين في الفقه المالكي
- تأليف : القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي .
تحقيق : محمد ثالث سعيد لغاني .
مكة المكرمة : مكتبة نزار مصطفى اباز ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥ هـ .
- *
تبيين الطالب لفهم ابن الحاجب
- تأليف : محمد بن عبد السلام الآمدي المالكي .
نسخة مصورة من مركز إحياء التراث الإسلامي بجمعة أم لقرى ،
ميكروفلم رقم (٣٢٨) أصول فقه .

- * التنبيه في الفقه الشافعي
تأليف : أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف لشيرازي .
إعداد : مركز الخدمات والأبحاث الثقافية .
بيروت : علم الكتب ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣ هـ .
- * تهذيب لطالب وفائدة الراغب
تأليف : عبد الحق بن محمد بن هارون لصقلي .
نسخة مصورة من مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى ،
ميكروفييم رقم (١٨٠) فقه مالكي .
تهذيب المدونة
- * تأليف : خلف بن أبي القاسم البراذعي .
نسخة مصورة من مكتبة الحرم النبوي الشريف رقم (٢١٧/٢/١٠٥)
ميكروفييم (١٠٤) فقه مالكي .
حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
- * تأليف : الشيخ محمد عرفة الدسوقي .
بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ط : بدون ، ت : بدون .
دراسات في مصادر الفقه المالكي
- * تأليف : ميكولوش موراني .
ترجمة : الدكتور سعيد بحيري وآخرون .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الصبعة الأولى ، ١٤٠٩ هـ .
الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب
- * تأليف : إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي .
تحقيق : محمد الأحمد أبو النور .
القاهرة : دار التراث للطبع والنشر ، ط : بدون ، ت : بدون .
ديوان النابعة المذيبياني
- * تحقيق : مفيد محمد قميحة .

جدة : دار المطبوعات الحديثة ، ط : بدون ، ت : بدون .
الذخيرة *

تأليف : أحمد بن إدريس القرافي .

تحقيق : محمد أبو خيزه وآخرون .

بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤م .
الرسالة الفقهية *

تأليف : أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني .

تحقيق : الهادي حمو ، ومحمد أبو الأحفان .

بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ .
زيد المعاد في هدي خير العباد *

تأليف : أبي عبد الله محمد بن أبي بكر لزرعي ، المعروف بابن قيم الجوزية .

تحقيق : شعيب وعبد لقادر الأرناؤوط .

بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، ١٤٠١هـ .
سنن الترمذي *

تأليف : الإمام أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي .

تحقيق : أحمد محمد شاكر .

بيروت : دار الكتب العلمية ، ط : بدون ، ت : بدون .
سنن الدرقطني *

تأليف : الإمام علي بن عمر الدارقطني .

تحقيق : عبد الله هاشم يماني المدني .

القاهرة : دار احسان للطباعة ، ط : بدون ، ت : بدون .
سنن أبي داود *

تأليف : الحافظ سيمان بن الأشعث السجستاني .

إعداد وتعليق : عزت عبيد الدعاس وعادل السيد .

بيروت : دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٣٩١هـ .

- * شذرات الذهب في خبر من ذهب
تأليف : أبي نفلح عبد احي بن لعماد الحنبلي .
بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ط : بدون ، ت : بدون .
- * شرح حدود بن عرفة
تأليف : أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع .
تحقيق : محمد أبو الأجفان ، والطاهر العموري .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٣ م .
- * شرح السنة
تأليف : الإمام أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي .
تحقيق : شعيب الأرناؤوط .
بيروت : لمكتب الإسلامي ، ط : بدون ، ١٣٩٥ هـ .
- * شرح لعقيدة الصحاوية
تأليف : محمد بن علاء لدين علي بن محمد بن أبي العز الحنفي .
تحقيق ومراجعة : جماعة من العلماء .
بيروت : لمكتب الإسلامي ، الطبعة الثامنة ، ١٤٠٤ هـ .
- * شرح غريب ألفاظ المدونة
تأليف : الجي .
تحقيق : محمد محفوظ .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٢ هـ .
- * شرح المعلقات العشر وأخبار شعرائها
جمع وتصحيح : محمد بن أمين الشنقيطي .
بيروت : دار الكتاب العربي ، ط : بدون ، ١٤١٤ هـ .
- * صحة أصول مذهب أهل المدينة
تأليف : شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية .

- تحقيق : الدكتور أحمد حجازي السقا .
القاهرة ، مكتبة الثقافة الدينية ، الصبعة الأولى ، ١٩٨٨م .
- * صحيح البخاري
- تأليف : الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري .
استانبول : المكتب الإسلامي ، ط : بدون ، ١٩٧٩م .
- * صحيح مسلم
- تأليف : الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري .
تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، ط : بدون ، ١٤١٣هـ .
- * طبقت علماء إفريقية وتونس
- تأليف : أبي العرب محمد بن أحمد بن تميم القيرواني .
تقديم وتحقيق : علي الشابي ، ونعيم حسن لياني .
تونس : الدار التونسية للنشر ، الصبعة الثانية ، ١٩٨٥م .
- * الطبقات الكبرى
- تأليف : محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري .
دراسة وتحقيق : محمد عبد لقادر عطا .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ .
- * الطليحة
- تأليف : النابغة القلاوي .
البلد : بدون ، الطبعة الأولى ، ١٣٣٩هـ .
- * العتبية
- تأليف : محمد بن أحمد بن عبد العزيز العتيبي .
تحقيق : الأستاذ أحمد الخبابي .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط : بدون ، ١٤٠٤هـ ، مطبوعة مع لبيان
والتحصيل لابن رشد .

- * عدة البروق في جمع ما في المذهب من اجموع والفروق
تأليف : أبي العباس أحمد بن يحيى اونشريسي .
تحقيق : حمزة أبو فارس .
- * بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠ هـ .
العمر في المصنفات والمؤلفين التونسيين
تأليف : حسن حسني عبد الوهاب .
مراجعة : محمد العروسي المطوي وبشير البكوش .
- * بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٠ م .
غرر المقالة في شرح غريب الرسالة
تأليف : محمد بن منصور بن حمادة المغراوي .
تحقيق : لدكتور الهادي حمو ، ولدكتور محمد أبو الأحفان .
- * بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦ هـ .
مصنوع بهامش الرسالة لابن أبي زيد القيرواني .
غريب الحديث
- * تأليف : الإمام أبي الفرج عبد الرحمن بن عبي الجوزي .
تحقيق : عبد المعطي أمين قلعيبي .
- * بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥ هـ .
الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي
تأليف : محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي .
عناية : أيمن صالح شعبان .
- * بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦ هـ .
القواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني
تأليف : أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي الماسكي .
بيروت : دار الفكر ، ط : بدون ، ت : بدون .

- * قضاة قرطبة وعلماء إفريقية
- تأليف : محمد بن حارث بن أسد الحشني .
- تصحيح : السيد عزت العطار الحسيني .
- قاهرة : مكتبة الخانجي ، الطبعة الثانية ، ١٤١٥ هـ .
- * الكافي في فقه أهل المدينة
- تأليف : يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي .
- تحقيق : محمد أحمد الموريتاني .
- الرياض : مكتبة الرياض الحديثة ، لطبعة لأولى ، ١٣٩٨ هـ .
- * كشف الأستار عن زوائد البزار على الكتب الستة
- تأليف : احافظ نور الدين علي بن أبي بكر لهيثمي .
- تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي .
- بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٤ هـ .
- * كشف الخفا ومزيل الإلباس عما اشتهر من لأحاديث على السنة الناس .
- تأليف : إسماعيل بن محمد العجلوني .
- بيروت : دار إحياء التراث لعربي ، ط : بدون ، ت : بدون .
- * كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب
- تأليف : ابراهيم بن علي بن فرحون .
- تحقيق ودراسة : حمزة أبو فارس وعبد السلام الشريف .
- بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٠ م .
- * الكلام على حقيقة الإسلام والإيمان
- تأليف : شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية .
- تحقيق : محمود حسن الشيباني .
- الناشر : بدون ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠ هـ .
- * لسان العرب
- تأليف : محمد بن منظور .
- بيروت : دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٣ هـ .

- *
مجمع الزوائد ومنبع الفوائد
تأليف : نور الدين لعلي بن أبي بكر الهيثمي .
بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٢ هـ .
- *
محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي
تأليف : عمر الجديدي .
المغرب ، منشورات عكاظ ، ط : بدون ، ت : بدون .
- *
مختصر الخرقى من مسائل الإمام المجلد أحمد بن حنبل
تأليف : أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقى .
تحقيق : زهير الشاويش .
بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٣ هـ .
- *
مختصر خليل
تأليف : خليل بن إسحاق المالكي .
تصحيح وتعليق : أحمد نصر .
بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، طبعة لأخيرة ، ١٤٠١ هـ .
- *
مختصر الطحوي
تأليف : أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحوي .
بيروت : دار إحياء العلوم ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦ هـ .
- *
مختصر القدوري
تأليف : أبي الحسين أحمد بن محمد القدوري .
تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد .
بيروت : دار الكتاب العربي ، ط : بدون ، ت : بدون .
مطبوع مع شرحه الباب عبد الغني الميداني .
- *
مختصر المزني على الأم
تأليف : إسماعيل بن يحيى المزني .
تعليق : محمود مطرجي .

- بيروت : دار الكتب العممية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣ هـ .
مطبوع في الجزء لتاسع من الأم .
المدونة الكبرى *
- تأليف : سحنون بن سعيد لتتوخي .
بيروت : دار إحياء التراث العربي . وهي طبعة مصورة عن طبعة دار
السعادة ، ط : بدون ، ت : بدون .
المستدرک علی الصحیحین *
- تأليف : الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله احاكم النيسابوري .
تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا .
بيروت : دار الكتب العممية ، لطبعة لأولى ، ١٤١١ هـ .
مسند الإمام أحمد بن حنبل *
- تأليف : الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني .
ترقيم : محمد عبد السلام عبد الشفي .
بيروت : دار الكتب العممية ، الطبعة لأولى ، ١٤١٣ هـ .
المصباح المنير في غريب نشرح الكبير *
- تأليف : أحمد بن محمد بن علي الفيومي .
بيروت : دار الكتب العممية ، لطبعة لأولى ، ١٤١٤ هـ .
المصنف *
- تأليف : احافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني
تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي .
كراتشي ، باكستان : المجلس العلمي ، توزيع : المكتب الإسلامي ، الطبعة
لثانية ، ١٤٠٣ هـ .
المصنف في الأحاديث والآثار *
- تأليف : احافظ أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة .

- ضبط وتصحيح : محمد عبد السلام شاهين .
- بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦ هـ . *
- معالم الإيمان في معرفة أهل القيروان
- تأليف : عبد الرحمن بن محمد الأنصاري الدباغ .
- تحقيق : محمد الأحدي أبو النور ، ومحمد ماضور .
- القاهرة : مكتبة الخانجي ، ط : بدون ، ت : بدون . *
- المعتمد في الأدوية المفردة
- تأليف : يوسف بن عمر الغساني التركماني .
- تصحيح : مصطفى السقا .
- بيروت : دار القلم ، ط : بدون ، ت : بدون . *
- معجم البدان
- تأليف : شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت الحموي .
- بيروت : دار صادر للطباعة والنشر ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٥ م . *
- معجم لغة الفقهاء
- تأليف : محمد رواس قلعه جي ، وحامد صادق قنيي .
- بيروت : دار النفائس ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٨ هـ . *
- المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم
- تأليف : محمد فؤاد عبد الباقي .
- بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط : بدون ، ت : بدون . *
- معجم مقاييس اللغة
- تأليف : أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا .
- تحقيق : عبد السلام محمد هارون .
- بيروت : دار الجليل ، الطبعة الأولى ، ١٤١١ هـ . *
- المعونة على مذهب عالم المدينة
- تأليف : القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي .

- تحقيق : حميش عبد الحق .
- مكة المكرمة : مكتبة نزار مصطفى الباز ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥ هـ .
- * معمة الفقه المالكي
- تأليف : عبد العزيز بن عبد الله .
- بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣ هـ .
- * المقدمات الممهدة لبيان ماقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية
- تأليف : أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي .
- تحقيق : محمد حجي .
- بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨ هـ .
- * مقدمة ابن خلدون
- تأليف : عبد الرحمن بن خلدون المغربي .
- مصر : المكتبة التجارية الكبرى ، ط : بدون ، ت : بدون .
- * المنتقى
- تأليف : أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي .
- القاهرة : مطبعة السعادة ، الطبعة الأولى ، ١٣٣٢ هـ .
- * موهب الجليل لشرح مختصر خليل
- تأليف : أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب .
- ضبط وتحرير : ركريا عميرات .
- بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦ هـ .
- * موسوعة أطراف الحديث انبوي الشريف
- إعداد : محمد السعيد بن يسيوني زغلول .
- بيروت : دار الكتب العلمية ، ط : بدون ، ت : بدون .
- * الموطأ
- تأليف : الإمام مالك بن أنس الأصبحي .

تصحيح وتعليق : محمد فؤاد عبد الباقي .

القاهرة : دار الحديث ، ط : بدون ، ت : بدون ، .

النكت والفروق لمسائل المدونة

*

تأليف : عبد الحق بن محمد بن هارون الصقلي .

نسخة مصورة بمركز حياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى ميكروفيلم

(٢٤٧) فقه مالكي .

النوادر والزيادات على مافي المدونة من غيرها من الأهميات

*

تأليف : محمد بن أبي زيد القيرواني .

نسخة مصورة من قسم المخطوطات بجمعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

بالرياض ، ميكروفيلم رقم (٩٥٧٠) فقه .

نو البصر شرح المختصر

*

تأليف : أحمد بن عبد لعزیز الهلالي .

نسخة مصورة من نسخة محفوظة في مكتبة شيخ عبد الحسي العمراوي من

علماء القرويين ، فاس ، المغرب .

الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي

*

تأليف : أبي حامد محمد بن محمد الغزالي .

بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر ، ط : بدون ، ١٣٩٩ هـ .

فهرس الموضوعات

الصفحة

الكتاب الأول كتاب النكاح الأول

الباب الأول : في الحض على النكاح ، والخطبة فيه	
الفصل الأول : في الحض على انكاح وذكر حكمه	١
الفصل الثاني : في الخطبة في النكاح	٧
الباب الثاني : في نكاح الشغار ، وما يتعلق به	
لفصل الأول : في حكم نكاح لشغار وبيان معناه	٩
لفصل الثاني : في تسمية الصديق في نكاح لشغار وما يترتب عن ذلك	١٣
الباب الثالث : في إنكاح الرجل ابنته البكر والثيب وابنه الصغير ومموكيه ، ومن يلي عليه غائبا أو حاضرا ، وتزويج اليتيمة قبل البلوغ	
الفصل الأول : في تزويج البكر	٢١
الفصل الثاني : في تزويج الثيب	٢٣
الفصل الثالث : فيمن له حق الإيجاب في لنكاح	٢٥
الفصل الرابع : في تزويج الأب بنته المطلقة ، أو التي مات عنها زوجها	٢٦
الفصل الخامس : في تزويج الأب ابنته التي زنت ، والتي زوجت تزويجا حراما	٢٧
الفصل السادس : في تزويج الأب من فارقها زوجها بعد إقامتها معه	
وقبل المسيس	٢٩
لفصل السابع : في سكوت البكر والثيب عند سئذانهما في النكاح	٣١

الصفحة

٣٣	الفصل الثامن : في تزويج الأخ أخته بغير أمرها
٣٤	الفصل التاسع : في تزويج الأب ابنه الكبير وأبنته الشيب وهما غائبان
٣٥	الفصل العاشر : في تزويج اليتيمة قبل البلوغ
٣٧	الفصل الحادي عشر : في تزويج ليتيمة بعد البلوغ بغير أمرها
	الباب الرابع : في وضع الأب بعض لصادق ، وفي دفعه إليه
٣٩	الفصل الأول : في وضع الأب بعض الصداق
	الفصل الثاني : في قبض وي اليتيمة صدقها ، وفي دفع اصادق إلى الأب
٤٠	ثم ادعائه تلفه
	الباب الخامس : في إنكاح الأولياء ، وتزويج بنة لغائب أو العاضل
٤٢	الفصل الأول : في إنكاح الأولياء
٤٧	الفصل الثاني : في تزويج ابنة الغائب
٥٠	الفصل الثالث : في تزويج ابنة العاضل
٥٣	الفصل الرابع : متى يعد الأب عضلا لابنته؟
	الباب السادس : في إنكاح الأوصياء
٥٥	الفصل الأول : في تزويج الوصي البدغة
٥٦	الفصل الثاني : في تزويج الوصي الصغيرة
٥٨	الفصل الثالث : في تزويج لأب أو لوصي لطفل الصغير
٥٩	الفصل الرابع : في استخلاف الأم من يزوج ابنتها
	الباب السابع : في المرأة يتزوجها رجلان ولايعسم لأول منهما ، وولي المعتقة ، والولي يرضى بغير كفء ثم لايرضى به في نكاح ثان
٦٠	الفصل لأول : في المرأة يتزوجها رجلان ولايعسم الأول منهما
٦٢	الفصل الثاني : في ولي المعتقة من رجلين
٦٢	الفصل الثالث : في الولي يرضى بغير كفء ثم لايرضى به في نكاح ثن
	الباب الثامن : في توكين المرأة أجنبى يزوجها ، أو قالت لوليها : زوجني ممن أحببت

- ٦٤ الفصل الأول : في توكيل المرأة أجنبيا يزوجها
- ٦٦ الفصل الثاني : في المرأة إن قالت لوليها : زوجني ممن أحببت
- الباب التاسع : في القاضي يزوج المرأة من نفسه ، والأب يزوج ابنه وهو صامت ثم ينكر ، وتزويج مواله الصغار ، وتزويج الوصي إماء اليتامى
- ٦٨ الفصل الأول : في القاضي يزوج المرأة من نفسه
- ٦٩ الفصل الثاني : في الأب يزوج ابنه وهو صامت ثم ينكر
- الفصل الثالث : في تزويج المعتق مواله الصغار ، وتزويج الوصي إماء اليتامى
- ٧١ الباب العاشر : فيمن أرسل من يزوجه فضمن الرسول الصداق أو زاد فيه
- ٧٢ الفصل الأول : فيمن أرسل من يزوجه فضمن لرسول الصداق
- ٧٣ الفصل الثاني : في ضمان الرسول الصداق وزيادته فيه
- الباب الحادي عشر : في النكاح يعقده ذمي أو عبد أو امرأة
- ٧٦ الفصل الأول : في النكاح يعقده ذمي
- ٧٨ الفصل الثاني : في النكاح يعقده عبد
- ٨٠ الفصل الثالث : في النكاح تعقده امرأة
- الباب الثاني عشر : في النكاح بغير إذن الولي
- الفصل الأول : في ذكر مايدل على تحريم النكاح بغير إذن الولي وعقوبة فاعله
- ٨٥ الفصل الثاني : في مايرتب على النكاح بغير إذن الولي إن فعل
- ٨٦ الباب الثالث عشر : في انكاح الذي يفسخ بطلاق أو بغير طلاق
- ٨٩ الفصل الأول : في النكاح الذي يفسخ بطلاق
- ٩٠ الفصل الثاني : في النكاح الذي يفسخ بغير طلاق
- ٩٣ الفصل الثالث : في تطليق العبد امرأته قبل إجازة اسيد نكاحه
- ٩٤ الفصل الرابع : في تزويج الغائب بغير أمره
- ٩٥ الفصل الخامس : في حق السيد في التطليق على عبده إن نكح بغير إذنه

الباب الرابع عشر : في نكاح الرجل أم ولده ومكاتبته ومدبرته وأُمته
عبدَه كرها ، وفي تزويج الأمة والعبد بغير إذن سيده

الفصل الأول : في إكراه الرجل أم ولده ومكاتبته ومدبرته على النكاح ٩٧

الفصل الثاني : في إكراه الرجل عبده وأُمته على النكاح ٩٧

الفصل الثالث : في تزويج سيد معتقته إلى أُجل ٩٨

الفصل الرابع : في تزويج السيد عبده على أن يطلق بيد السيد ٩٩

الفصل الخامس : في زواج العبد والأمة بغير إذن السيد ٩٩

الفصل السادس : في تزويج الأمة أو نعب بين السيدين ١٠١

الفصل السابع : في إجازة السيد نكاح عبده ١٠٢

الفصل الثامن : فيمن باع عبده قبل أن يعلم بنكاحه ١٠٤

الباب الخامس عشر : في إنكاح الأخ أخته بغير إذن أبيه ، ونكاح

الصغير والسفيه بغير إذن وليه ، ووكالة على النكاح

الفصل الأول : في إنكاح الأخ أخته بغير إذن أبيه ١٠٦

الفصل الثاني : في نكاح الصغير بغير إذن وليه ١٠٧

الفصل الثالث : في نكاح السفيه بغير إذن وليه ١٠٨

الفصل الرابع : في تزويج بنات السفيه وإمائته وأخواته ١١١

الفصل الخامس : في الوكالة على النكاح وقبض الصداق ١١٢

الباب السادس عشر : فيمن نكح بغير بيعة ، أو سرا ، أو نكح بغير صداق

الفصل الأول : في إعلان النكاح ١١٤

الفصل الثاني : في الوليمة في النكاح ١١٦

الفصل الثالث : فيمن نكح بغير بيعة ١١٩

الفصل الرابع : فيمن نكح بغير صداق ١٢١

الفصل الخامس : فيمن نكح سرا ١٢٣

الباب السابع عشر : فيمن نكح على أنه بالخيار ، أو إلى أجل ، أو

بصداق مجهول ، أو بعضه مؤجل

الفصل الأول : فيمن نكح على أنه بالخيار ١٢٦

- الفصل الثاني : فيمن نكح بصدّاق مجهول ١٢٧
- الفصل لثالث : فيمن نكح إلى أجل ١٢٧
- الفصل لرابع : فيمن نكح بصدّاق بعضه مؤجل ١٢٨
- الباب الثامن عشر : في شروط النكاح وجده وهزله
- الفصل لأول : في شروط النكاح ١٣٠
- الفصل الثاني : في جد النكاح وهزله ١٣٢
- الباب التاسع عشر : في نكاح الخصى والمحبوب والعبد ومن فيه بقية رق
- الفصل الأول : في نكاح الخصى والمحبوب ١٣٤
- الفصل الثاني : في نكاح العبد ١٣٤
- لفصل الثالث : في الصدّاق في نكاح العبد ١٣٦
- الباب العشرون : في ملك أحد الزوجين صاحبه وهما عبدان أو حران .. ١٣٩
- الباب الحادي والعشرون : في نكاح الحر الأمة ونكاحه إيه عنى الحرية
أو الحرية عيها ، وكيف إن كن عبدا ، وفي تسري العبد والمكاتب
ونكاحه
- الفصل الأول : في نكاح الحر الأمة ١٤٢
- الفصل الثاني : في نكاح الحر لأمة عنى الحرية أو الحرية عيها ١٤٤
- الفصل الثالث : في شروط نكاح الحر الأمة ١٤٧
- الفصل الرابع : في نكاح العبد حرية على أمة ، أو أمة على حرية ١٤٨
- لفصل الخامس : في تسري العبد والمكاتب ١٤٨
- الفصل لسادس : في نكاح المكاتب والمكاتبه بعير إذن السيد ١٤٩
- الباب الثاني والعشرون : في الأمة والحرية والعبد يغرون من أنفسهم ،
أو يغرون منهم أجني
- الفصل الأول : في الأمة تغرون نفسها وحكم ولدها ١٥٠
- الفصل الثاني : في ولد لغرة إن كانت أم ولد ١٥٤
- الفصل الثالث : في ولد الغارة إن كانت مدبرة ١٥٥
- الفصل الرابع : في ولد لغرة إن كانت مكاتبه ١٥٥

- ١٥٧ الفصل الخامس : في المغرور إن كان عبداً
- ١٥٧ الفصل السادس : في الغار إن كان أجنبياً
- ١٥٨ الفصل السابع : في العبد يغرب من نفسه
- ١٥٩ الفصل الثامن : في النصرانية تغرب المسلم والمسلم يغرب النصرانية
- الباب الثالث والعشرون : ما ترد به المرأة والرجل من عيب ومن غر من
من ذلك وذكر العتق والخصي والمحبوب
- ١٦٠ الفصل الأول : فيما ترد به المرأة من العيوب
- ١٦٦ الفصل الثاني : فيما يرد به الرجل من العيوب
- ١٦٦ الفصل الثالث : في حدوث العيب بعد النكاح
- ١٦٧ الفصل الرابع : في أحد الزوجين يغرب صاحبه في النسب
- ١٦٨ الفصل الخامس : فيمن غر فنكح امرأة في العدة
- ١٦٩ الفصل السادس : في عيوب الفرج التي يرد بها رجل

الكتاب الثاني كتاب النكاح الثاني

الباب الأول : في الصداق يقارنه بيع ، أو يدخل فيه غرر أو مجهول ،
وكل غرر أو خطر أو فساد بشرط

- ١٧٢ الفصل الأول : في الصداق يقارنه بيع
- ١٧٥ الفصل الثاني : في الصداق يدخل فيه غرر أو مجهول أو محرم
- ١٧٧ الفصل الثالث : في الصداق إذا كان غائب موصوفاً معه دراهم أو لا
- ١٨٢ الفصل الرابع : في الصداق إذا كان غير موصوف
- ١٨٤ الفصل الخامس : في صداق إذا فسد بالشرط
- الباب الثاني : في الصداق يوجد به عيب أو يؤخذ بشفعة ، أو يؤخذ
به رهن ، وفي صداق السر
- ١٨٥ الفصل الأول : في الصداق يوجد به عيب

- ١٨٧ الفصل الثاني : في الصداق يستحق بشفعة
- ١٨٧ الفصل الثالث : في الصداق يؤخذ به رهن
- ١٨٧ الفصل الرابع : في صداق السر
- ابواب الثالث : في ضمان الصداق عن ولده أو أجنبي في صحة أو مرض وكيف إن لم يضمن
- ١٨٨ الفصل الأول : في ضمان الأب الصداق عن ولده
- ١٩٠ الفصل لثاني : في ضمان الأب الصداق عن أجنبي
- ١٩٥ الفصل الثالث : في ضمان الأب الصداق في مرضه
- الباب الرابع : في حد الصداق ، وفي لصداق بأقل من ربع دينار
- ٢٠٠ الفصل الأول : في حد الصداق
- ٢٠٠ الفصل الثاني : في الصداق بأقل من ربع دينار
- ابواب لخامس : في المرأة تحدث في الصداق هبة أو عتقا أو يباع أو شراء أو زكاة أو غير ذلك
- ٢٠٥ الفصل لأول : فيما تملك به المرأة الصداق ملكا مستقرا
- ٢٠٥ الفصل الثاني : في المرأة تحدث في الصداق هبة
- ٢٠٩ الفصل الثالث : في المرأة تحدث في الصداق يباع أو عتقا
- ٢١٢ الفصل الرابع : في المرأة تحدث في الصداق شراء
- الباب السادس : في ثناء الصداق ونقصه وغلته وجنانيته
- ٢١٥ الفصل الأول : في ثناء الصداق ونقصه وغلته
- ٢١٩ الفصل الثاني : في جنانية الصداق
- الباب السابع : في الصداق يستحق أو بعضه ، وزيادة الزوج فيه ، وتزويجه بمن يعتق عليها
- ٢٢١ الفصل الأول : في الصداق إن استحق كله أو بعضه
- ٢٢٤ الفصل الثاني : في زيادة الزوج في الصداق
- ٢٢٥ الفصل الثالث : في نكاح امرأة بمن يعتق عليها
- الباب الثامن : في صداق الذمية ، والنجوسية تسلم ، وصداق الأمة

والمتردة والغارة

الفصل الأول : في صداق النمية والمجوسية إن أسلمتا ، وصداق لأمة إن

عتقت تحت عبد ٢٢٩

الفصل الثاني : في صداق الأمة المبعضة . ٢٢٩

الفصل الثالث : في صداق الأمة إن باعها سيده . ٢٣٠

الفصل الرابع : في صداق المجوسية تسلم . ٢٣٣

الفصل الخامس : في صدق المتردة . ٢٣٣

الفصل السادس : في صداق من اشترط في نكاحها أن ماولدت فهو حر ٢٣٤

الفصل السابع : في صداق الغارة . ٢٣٦

الباب التاسع : ما جاء في نكح التفويض

الفصل الأول : في جواز نكح لتفويض ، وما يجب به لصداق فيه . ٢٣٧

الفصل الثاني : في ما تستحقه المرأة إن نكحت بتفويض . ٢٣٩

الفصل الثالث : في المريض ينكح بتفويض ثم يموت ، أو تموت المرأة . ٢٤٠

الفصل الرابع : في رضى الولي بما يفرض للمرأة وعدم رضاه . ٢٤١

الباب العاشر : في نكح الموهوبة أو بغير صداق

الفصل الأول : في نكاح الموهوبة . ٢٤٣

الفصل الثاني : في النكاح بغير صداق . ٢٤٥

الباب الحادي عشر : في نكاح التحكيم

الفصل الأول : في جواز نكاح لتحكيم . ٢٤٦

الفصل الثاني : في لصداق في نكاح التحكيم . ٢٤٧

الباب الثاني عشر : في الدعوى في لصداق وفي دفعه

الفصل الأول : في الدعوى في الصداق . ٢٤٩

الفصل الثاني : في الدعوى في دفع الصداق . ٢٥٤

الفصل الثالث : في دعوى الزوج أن المهر فيه سر وعلانية . ٢٥٦

الباب الثالث عشر : في صدق النكاح الفاسد وطلاقه وميراثه . ٢٥٨

الباب الرابع عشر : في نكاح المريض والمريضة

- الفصل الأول : في حكم نكاح المريض والمريضة ٢٥٩
- الفصل الثاني : في الصداق في نكاح المريض ٢٦١
- الباب الخامس عشر : فيمن أراد نكاح امرأة أو شراء أمة فزعم أبوه أنه قد وطئها ، ومن أدخلت عليه غير زوجته ، وهل يبوأ مع الأمة بيتا ؟ والحكم في الخنثى ، ونكاحه امرأة زنى بها أو قذفها
- الفصل الأول : فيمن أراد نكاح امرأة أو شراء أمة فزعم أبوه أنه قد وطئها ٢٦٤
- الفصل لثاني : فيمن أدخلت عليه غير زوجته ٢٦٤
- الفصل الثالث : في زوج الأمة هل يبوأ معها بيتا؟ ٢٦٧
- الفصل الرابع : في حكم الخنثى ٢٦٧
- الفصل الخامس : في نكاح الرجل امرأة رنى بها أو قذفها ٢٧٢
- الباب السادس عشر : في الدعوى في النكاح
- الفصل الأول : في دعوى نكاح إن أنكره المدعى عليه مهما ٢٧٣
- الفصل لثاني : في المرأة يتنازعها رجلان ٢٧٣
- الباب السابع عشر : في ملك أحد الزوجين صاحبه
- الفصل الأول : في أسباب منع الرجل من نكاح أمته والمرأة من نكاح عبدها ٢٧٦
- الفصل الثاني : في الحكم إن ملك أحد الزوجين صاحبه ٢٧٦
- الفصل لثالث : في تطليق السيد على عبده ، وتزويجه ، لعب أمته ثم هبتها له ، والإيلاء والظهار ممن يملك من امرأته شقصا ٢٧٧
- الباب الثامن عشر : القضاء في الصداق والعجز عنه
- الفصل الأول : في ما يقضى به عند العجز عن لصداق ، أو كان الفراق من قبل المرأة ٢٧٨
- الفصل الثاني : في الصداق إن كان مؤخرا ٢٨٠
- الفصل الثالث : في ادخول بالمرأة قبل أن يقدم الزوج شيئا من الصداق ٢٨٠
- الباب التاسع عشر : في نفقة الزوجات والعجز عنها ، ودعوى في ذلك

ومن أنفق على أجنبي

- الفصل الأول : في وجوب النفقة ، وبيان ما يوجبها ٢٨٢
- الفصل الثاني : فيمن دعى إلى البناء وعجز عن الجماع هل تلزمه النفقة ؟ ٢٨٤
- الفصل الثالث : في نفقة المرأة الناشز ٢٨٤
- الفصل الرابع : فيما ينزّم العبد والمكاتب والمكاتب من النفقة ٢٨٦
- الفصل الخامس : في مقدار نفقة الزوجة ٢٨٧
- الفصل السادس : فيما إذا عجز لزوج عن النفقة أو أيسر في حال العجز ٢٨٨
- الفصل السابع : في اشتراط الزوجة حميلاً بالنفقة ٢٨٩
- الفصل الثامن : في دعوى المرأة عدم الإنفاق عليها ٢٩٠
- الفصل التاسع : في الرجوع على الصبي بما أنفق عليه ٢٩٥
- الفصل العاشر : في قدرة الرجل على نفقة امرأته دون ولده ٢٩٥
- الفصل الحادي عشر : في محاصة الرجل بالدين على امرأته ٢٩٦
- الفصل الثاني عشر : في اختلاف الزوجين في قدر النفقة المفروضة ٢٩٦
- الفصل الثالث عشر : في اختلافهما في ثوب أنه هدية أو نفقة مفروضة ٢٩٦
- الفصل الرابع عشر : في تلف النفقة بعد القبض ، وموت أحد الزوجين بعده ، وفرض النفقة على الغائب ٢٩٦
- الفصل الخامس عشر : في نفقة لمجوسية إن أسلم زوجها ٢٩٨
- الفصل السادس عشر : في انتفريق بين الزوجين للعجز عن النفقة ، وما يضرب للزوج من الأجل ٢٩٨
- الفصل السابع عشر : في نفاق لزوج فقير ، ونفاق أسيد عسى أم ولده ومديره ٢٩٩
- الباب العشرون : في العنين والمخنون ولأجذم وتأجيهم
- الفصل الأول : في الحكم إن كان الزوج عنيماً أو مجنوناً ٣٠٢
- الفصل الثاني : في الأجل الذي يضرب للمعترض ٣٠٤
- الفصل الثالث : في تداعي الزوجين في الجماع ٣٠٥
- الفصل الرابع : في الحكم إن حدث الاعتراض أو الجنون أو الجذام بعد

٣٠٦	النكاح
٣٠٨	الباب الحادي والعشرون : في اختلاف الزوجين في متاع البيت
	الباب الثاني والعشرون : في القسم بين الزوجات
٣١١	الفصل الأول : في مشروعية القسم بين الزوجات ، وبيان المراد به
٣١٣	الفصل الثاني : في الحكم إن تزوج امرأة وعنده غيرها
٣١٤	الفصل الثالث : في الحكم إن أراد السفر من عنده أكثر من زوجة
	الفصل الرابع : في الحكم إن أقدم عند واحدة دون الأخرى ، وبعض
٣١٥	آداب الجماع ، والحكم إن عاد من سفره وغير ذلك
	الفصل الخامس : في إسقاط المرأة حقها في المبيت ، وهل يسوي بينهما
٣١٨	في الجماع؟ وفي تركه
	الفصل السادس : في ذكر ما لا يمنع من القسم ، وقسم المريض والمجبوب
٣١٩	والقسم بين الحرة والأمة

الكتاب الثالث

كتاب النكاح الثالث

	الباب الأول : فيمن تزوج امرأتين في عقدة ، أو أما و بنتها في عقدة أو عقدتين
٣٢١	الفصل الأول : فيمن نكح امرأتين في عقدة واحدة
٣٢٣	الفصل الثاني : فيمن نكح حرة وأمة في عقدة
٣٢٤	الفصل الثالث : فيمن نكح أم وابنتها في عقدة
٣٢٤	الفصل الرابع : فيمن نكح أما وابنتها في عقدتين
٣٢٧	الفصل الخامس : فيما يكون سببا في تحريم لمرأة على آباء الناكح وأبائه
	الباب الثاني : في المحرمات من النساء ، ومن وطئ امرأته أو ابنتها بزنا
	أو نكاح ، وما تجب به الحرمة
٣٢٩	الفصل الأول : في المحرمات من النساء

٣٣٣	الفصل الثاني : فيمن وصى ثم امرأته أو ابنتها بزنا أو نكاح
٣٣٤	الفصل الثالث : فيما تجب به الحرمة
	الباب الثالث : في وطء الأختين بنكاح أو ملث ، والجمع بين النساء
٣٣٦	الفصل الأول : في الجمع بين الأختين بنكاح
٣٣٩	الفصل الثاني : في الجمع بين الأختين بملك اليمين
٣٤١	الفصل لثالث : في نكاح أخت مطلقته طلاق بائنا في عدتها
٣٤٢	الفصل الرابع : في الجمع بين النساء
	الباب الرابع : ما يحصن الزوجين ، ويحس المبتوتة ، وحكم الردة في ذلك
٣٤٦	الفصل الأول : في معاني الإحصان
٣٤٩	الفصل الثاني : في الإحصان والإحلال بوطء الصغيرة والمجنونة
٣٤٩	الفصل الثالث : في الإحصان وإحلال بوطء الصبي
٣٥٠	الفصل الرابع : في الإحصان والإحلال بوطء الخصي والمجنون
٣٥١	الفصل الخامس : في لإحصان والإحلال بوطء لعبد للحررة
٣٥٢	الفصل السادس : في الإحصان والإحلال بنكاح المحبوب
	الفصل السابع : في الإحصان وإحلال بوطء الحر للأمة المسومة والحررة
٣٥٢	الكتائية
٣٥٤	الفصل الثامن : في الإحصان والإحلال بمجرد اخلوة ، وبزنا المرأة
	الفصل التاسع : في الإحصان بزنا أحد الزوجين بعد إقامته مع الآخر
٣٥٦	وإنكاره الوطء
٣٥٨	الفصل العاشر : في الوطء الذي يحصن الزوجين ويحل المبتوتة
	الفصل الحادي عشر : في عدم الإحصان بوطء لتصراتي لتصرائية ،
٣٦٢	وعدم الإحلال بنكاح المحلل
٣٦٤	الفصل الثاني عشر : في أثر الردة على الإحصان والإحلال
	الباب الخامس : في مناهج المشركين ، وإسلام أحد الزوجين
٣٦٦	الفصل الأول : في حكم أنكحة المشركين
٣٦٧	الفصل الثاني : في التصرف في نكاح لتصرائية بخمر أو خنزير أو بغير مهر

٣٧١	الفصل الثالث : في تحريم المسلمة على الكافر ..
٣٧٢	الفصل الرابع : في إسلام أحد الزوجين ..
	الباب السادس : في سبي أحد لزوجين أو كليهما ، ورجعة زوج الأمة في سفره
٣٧٨	الفصل الأول : في سبي أحد الزوجين أو كليهما ..
٣٨١	الفصل الثاني : في رجعة زوج لأمة في سفره
	الباب السابع : مايجل ويحرم من وطء الكوافر ، منك أو نكاح
٣٨٢	الفصل الأول : فيما يجل ويحرم من وطء الكوافر ..
٣٨٤	الفصل الثاني : في تناكح الكفار فيما بينهم ..
٣٨٥	الباب الثامن : باب في إسلام الأيوين أو أحدهم وحكم لولد في ذلك ..
	الباب التاسع : فيمن أسلم على أكثر من أربع نساء أو عى أم وابنتها ونكاح المشرك وطلاقه إذا أسلم عليه
٣٨٧	الفصل الأول : فيمن أسلم على أكثر من أربع نسوة ..
٣٩٢	الفصل الثاني : في نكاح المشرك وطلاقه إذا أسلم عليه ..
	الباب العاشر : باب جامع مسائل مختلفة ، وأحكام المرتد والأسير
٣٩٥	الفصل الأول : في وطء المسيية ، ونكاح رابعة في دار الحرب ..
٣٩٥	الفصل الثاني : الشرط في جواز وطء المسيية غير الكتابية ..
٣٩٦	الفصل الثالث : في أحكام نكاح المرتد والأسير ..

الكتاب الرابع

كتاب الرضاع

	الباب الأول : جامع مايجل ويحرم من الرضاع
٤٠٣	الفصل الأول : في أداة التحريم بالرضاع ..
٤٠٦	الفصل الثاني : في المدة التي يكون الرضاع فيها محرما ..
٤٠٩	الفصل الثالث : في الرضاع في لشرك ..

- الفصل الرابع : في صرق وصول اللبن إلى الجوف ، وأثرها في التحريم . ٤٠٩
- الباب الثاني : في لبن الفحل ، ولبن البكر واليائسة والميتة والبهيمة
- الفصل الأول : في التحريم بلبن الفحل ٤١٢
- الفصل الثاني : في التحريم بلبن البكر واليائسة ٤١٩
- الفصل الثالث : في لبن البهيمة هل يحرم أم لا ؟ ٤١٩
- الفصل الرابع : في التحريم بلبن المرأة الميتة ٤٢٠
- الفصل الخامس : في لبن المرأة يجعل فيه طعام أو دواء ٤٢١
- الباب الثالث : في الشهادة على الرضاع والإقرار به
- الفصل الأول : في الشهادة على الرضاع ٤٢٣
- الفصل الثاني : في الإقرار بالرضاع ٤٢٥
- الباب الرابع : فيمن يحرم نكاحه بالرضاع من النساء ٤٢٨
- الباب الخامس : جامع القول في الظئورة ٤٣٢
- الباب السادس : في رضاع الولد وأجر لرضاع في الطلاق وغيره
- الفصل الأول : في إرضاع غير المطلقات أولادهن ٤٣٤
- الفصل الثاني : في إرضاع المطلقات أولادهن ٤٣٦

الكتاب الخامس

كتاب إرخاء الستور

- الباب الأول : في تداعي المسيس بعد إرخاء الستر
- الفصل الأول : في تصديق المرأة في المسيس ، والمراد بإرخاء الستر ٤٣٨
- الفصل الثاني : في متستحقه المرأة إن طبقت بعد الدخول وقبل المسيس ٤٤٠
- الفصل الثالث : في دعوى الجماع ٤٤١
- الفصل الرابع : فيمن تعقت برجل وهي تدمي ٤٤٢
- الفصل الخامس : في تداعي الزوجين في المسيس ٤٤٢
- الباب الثاني : جامع ماحاء في الرجعة ، ودعوى انقضاء العدة ومايجل

من المطلقة

- ٤٤٩ الفصل الأول : في ما جاء في الرجعة
- ٤٥٦ الفصل الثاني : في دعوى انقضاء نعدة
- ٤٥٨ الفصل الثالث : في رجعة المريض والمحرم والعبد
- الباب الثالث : جامع القول في متعة المطلقة
- ٤٦٠ الفصل الأول : في مشروعية متعة لمطابقة
- ٤٦٠ الفصل الثاني : فيمن تستحق المتعة ومن لا تستحقها
- ٤٦٢ الفصل الثالث : في إمتاع العبد مطبقته
- ٤٦٣ الفصل الرابع : في أن التداعي في تأسيس يسقط المتعة
- الفصل الخامس : فيمن هن حكم لحرمة السمعة في المتعة ،
- ومن لامتعة عليه .
- ٤٦٣ الفصل السادس : في قدر المتعة
- ٤٦٥

الكتاب السادس

كتاب الخلع

- الباب الأول : في الخلع والصلح والفدية والماراة ، وكيف إن وقع بغرر
- ٤٦٧ الفصل الأول : في خلع وأدلة مشروعيته وبعض مسائله
- ٤٧٠ الفصل الثاني : في الصلح وأدلتها
- الباب الثاني : في خلع بمجهول أو غرر أو حرام أو يقاربه بيع
- ٤٧٤ فصل : في الخلع بمجهول أو غرر
- الباب الثالث : في نفقة الحامل المختلعة والمبتوتة ، والوكالة على الخلع
- ٤٧٨ الفصل الأول : في نفقة الحامل المختلعة والمبتوتة
- ٤٧٩ الفصل الثاني : في الوكالة على الخلع
- ٤٨٠ الباب الرابع : في خلع غير المدخول بها
- الباب الخامس : فيمن أعطي عسى أن يطلق ويشترط الرجعة ، أو خالع

وشرط إن طببت شيئا عادت له زوجة ، ونيته في طلاق الخلع ، ومن
قال : أنت طالق طلاق الخلع

- الفصل الأول : فيمن أعطي على أن يطبق ويشترط الرجعة ٤٨٢
الفصل الثاني : فيمن خالع وشرط إن طببت شيئا عادت له زوجة ٤٨٣
الفصل الثالث : في لنية في طلاق الخلع ٤٨٥
الفصل الرابع : فيمن قال : أنت طالق طلاق الخلع ٤٨٦
الباب السادس : في الخلع على أخذ الولد ، أو على نفقته ، أو على
طرح سكنائها

- الفصل الأول : في الخلع على أخذ الولد ٤٨٧
الفصل الثاني : في الخلع على نفقة الولد ٤٨٨
الفصل الثالث : في الخلع على ألا سكنى له ٤٨٩
الباب السابع : في الخلع على دين مؤجل أو سيف أو حمر أو حلال
وحرام

- الفصل الأول : في الخلع على دين مؤجل أو سيف ٤٩٠
الفصل الثاني : في الخلع على حمر ٤٩٣
الباب الثامن : فيمن قال لزوجها : خالعي بكذا ، أو قال له ذك أجبني
وكيف إن وجدت عديمة ، أو أتبع خلع طلاق ، والخلع يقع بعد بتات
طلاق أو فساد نكاح أو عيب ، والدعوى في الخلع

- الفصل الأول : فيمن قست لزوجها : خالعي ، وكيف إن وجدت عديمة ٤٩٥
الفصل الثاني : فيمن أتبع الخلع طلاق ٤٩٦
الفصل لثالث : في الخلع يقع بعد بتات طلاق ، أو فساد نكاح ،

- أو عيب ٤٩٦
الفصل الرابع : في الدعوى في خلع ٤٩٨

لباب التاسع : في خلع لأب والوصي ولسيد والأمة وأم الولد والمكاتبة

- الفصل الأول : في خلع الأب والوصي ٥٠١
الفصل الثاني : في خلع السيد ٥٠٢

- الفصل الثالث : في خلع الأب على ابنته بعد البناء ٥٠٤
- الفصل الرابع : في خلع الأمة ٥٠٥
- الفصل الخامس : فيما تبدله المكاتب في الخلع ٥٠٥
- الباب العاشر : في الخلع في لمرض ٥٠٦
- الباب الحادي عشر : فيمن خالع ثم ظاهر أو آلى أو حنث في يمين بطلاقها ، وجامع مسائل منه
- الفصل الأول : فيمن خالع ثم ظاهر أو آلى ٥٠٨
- الفصل الثاني : فيمن حنث في يمين بطلاق زوجته ٥٠٩
- الباب الثاني عشر : جامع القول في حضنة الولد
- الفصل الأول : في حضنة الأم ولدها ٥١١
- الفصل الثاني : في أخذ الأب أو وصيه الولد ممن يحضنه ٥١٤
- الفصل الثالث : في حضنة غير الأم ٥١٦
- الفصل الرابع : في حضنة الذمية ولجوسية ٥٢٠
- الفصل الخامس : في حضنة الأمة وأم الولد ٥٢٠
- الفصل السادس : في لتفريق بين الأمة الحضنة ولدها ٥٢١
- الباب الثالث عشر : جامع من يلزم الرجس النفقة عليه
- الفصل الأول : في النفقة على المطلقة من أجل الولد ٥٢٢
- الفصل الثاني : فيمن لآنفقة لها ٥٢٤
- الفصل الثالث : في النفقة على لولد ٥٢٥
- الفصل الرابع : في إنفاق لأب على الولد وله من في يد أبيه ٥٢٧
- الفصل الخامس : في النفقة على الأبوين الفقيرين ٥٢٨
- الفصل السادس : في نفقة على زوجة الأب وعلى خدامه وخدام الزوجة ٥٢٩
- الفصل السابع : في النفقة على لأم ٥٣٠
- الفصل الثامن : في النفقة على من رحلت مع زوجها ٥٣٢
- الفصل التاسع : في النفقة على الجد ونفقته على ولد ولده ٥٣٣

- ٥٣٣ الفصل العاشر : في النفقة على خادم زوجته
 ٥٣٣ الفصل الحادي عشر : في نفقة الأب على خادم ولده
 ٥٣٤ الباب الرابع عشر : ماجاء في الحكمين

الكتاب السابع

كتاب طلاق السنة والعدة

- الباب الأول : في طلاق السنة ، والطلاق ثلاثاً أو في الحيض
 ٥٣٩ الفصل الأول : في أدلة طلاق السنة وصفته
 ٥٤٦ الفصل الثاني : في الطلاق في صهر جامع فيه ، وطلاق الثلاث
 ٥٤٧ الفصل الثالث : في طلاق الحامل
 ٥٤٧ الفصل الرابع : في طلاق الصغيرة والآيسة
 ٥٤٨ الفصل الخامس : في طلاق المستحضة
 ٥٥٠ الفصل السادس : في طلاق غير المدخول بها
 ٥٥٠ الفصل السابع : في الطلاق في الحيض
 ٥٥٧ الفصل الثامن : في تحريم المطلقة على مطبقها حتى يراجعها
 الباب الثاني : في طلاق الحر والعبد ، وعدة الحرة والأمة ، وجامع القول في العدة
 ٥٥٨ الفصل الأول : في طلاق الحر والعبد
 ٥٥٩ الفصل الثاني : في عدة الحرة ولأمة
 ٥٦٣ الفصل الثالث : جامع القول في العدة
 الباب الثالث : في الانتقال من عدة إلى عدة ، ومن أين تحسب عدة الوفاة والطلاق؟
 ٥٧٣ الفصل الأول : في انتقال الحرة من عدة إلى عدة
 ٥٧٤ الفصل الثاني : في انتقال الأمة من عدتها إلى عدة الحرائر
 ٥٧٦ الفصل الثالث : في عدة من مات زوجها الذمي بعد إسلامها

- الفصل الرابع : في عدة الوفاة والطلاق من أين تحسب؟ ٥٧٧
- الفصل الخامس : فيما ترده المعتدة من مال زوجها . ٥٧٧
- الباب الرابع : جامع القول في الإحداد
- الفصل الأول : في معنى الإحداد ومشروعيته .. ٥٧٩
- الفصل الثاني : في المطلقة هل عليها إحداد؟ ٥٨١
- الفصل الثالث : في إحداد الثكثائية ٥٨١
- الفصل الرابع : في إحداد لأمة ٥٨٢
- الفصل الخامس : فيما لا تبسه إحاد ولا تستعمله .. ٥٨٢
- الباب الخامس : في عدة أم الولد من وفاة سيدها وزوجها
- الفصل الأول : في عدة أم الولد من وفاة سيدها ، أو عتقه إياها ،
أو وفاة زوجها ٥٨٦
- الفصل الثاني : في أم ولد إن مات سيده في أول حيويتها ٥٨٨
- الفصل الثالث : في مسائل مختلفة ٥٨٩
- الباب السادس : جامع النكاح في العدة وذكر العدة من زوجين
- الفصل الأول : في النكاح في العدة ٥٩١
- الفصل الثاني : فيمن واعد في العدة ونكح بعدها ٥٩٢
- الفصل الثالث : فيمن نكح في العدة وبني فيها ٥٩٣
- الفصل الرابع : فيمن نكح في العدة وبني بعدها ٥٩٣
- الفصل الخامس : في العدة من زوجين ٥٩٥
- الفصل السادس : في احكم إن نكح في عدة طلاق غير بائن أو في
عدة وفاة ٥٩٧
- الفصل السابع : في المنعي لها زوجها تتزوج ثم يقدم الأول ، أو يموت
أو يطلق ٥٩٨
- الفصل الثامن : فيمن بنى بأم ولد مات عنها سيدها أو معتقة قبل
مضي الحيضة ٦٠٠
- الفصل التاسع : في وطء السيد لأمه المعتدة ٦٠١

- الفصل العاشر : في تأييد التحريم على النكاح في العدة ٦٠٢ ..
- الباب السابع : فيمن أتت بولد بعد العدة وقد نكحت زوجها أم لا . . ٦٠٣ ..
- الباب الثامن : في امرأة الخصى والصبي تأتي بولد ، وعدتها منه ،
وعدة الذمية تسلم تحت ذمي ، ولعدة في النكاح افاسد ، وتصادق
الزوجين على نفى المسيس
- الفصل الأول : في امرأة الصبي تأتي بولد ، وعدتها منه ٦٠٦ ..
- الفصل لثاني : في امرأة الخصى تأتي بولد ، وعدتها منه ٦٠٦ ..
- الفصل الثالث : في عدة الذمية تسلم تحت ذمي ٦٠٧ ..
- الفصل الرابع : في العدة في النكاح الفاسد ٦٠٨ ..
- الفصل الخامس : في تصادق الزوجين على نفى المسيس ٦٠٨ ..
- الباب التاسع : في امرأة المفقود والأسير ، وماله ، وميراثه ، وفي التي
يلغها الطلاق ولم تبلغها الرجعة
- الفصل الأول : في امرأة المفقود وما يضرب لها من لأجل ٦٠٩ ..
- الفصل ثاني : في الحكم إن قدم المفقود قبل نكاحها أو بعده ٦١٢ ..
- الفصل الثالث : في الحكم إن رجعت إلى الأول قبل بناء لثاني ،
أو مات الثاني بعد البناء ٦١٥ ..
- الفصل الرابع : في الحكم إن مات الثاني قبل البناء ، أو عم موت لأول
بعد بناء الثاني ٦١٦ ..
- الفصل الخامس : في الحكم إن نكحت في عدتها من الأول أو بعدها . ٦١٧ ..
- الفصل السادس : في النفقة على امرأة المفقود وولده ٦٢٠ ..
- الفصل السابع : في مال المفقود وميراثه ٦٢١ ..
- الفصل الثامن : في الحكم إن مات للمولود ولد ٦٢٣ ..
- الفصل التاسع : في العبد المفقود يعتقه سيده ٦٢٣ ..
- الفصل العاشر : في امرأة الأسير ٦٢٤ ..
- الفصل الحادي عشر : فيمن دخل بلاد احرب هل هو كالمفقود أم لا ؟ . ٦٢٤ ..
- الفصل الثاني عشر : فيمن فقد في معارك المسلمين ٦٢٦ ..

الباب العاشر : في عدة لوفاة ، وعدة امرأة الخصي والمحبوب والصبي ،
وعدة الصغيرة

- ٦٢٧ لفصل الأول : في عدة الحرة لوفاة
٦٢٨ لفصل الثاني : في عدة الأمة لوفاة
٦٢٩ لفصل الثالث : في عدة امرأة الخصي والمحبوب
٦٣٠ لفصل الرابع : في عدة الصغيرة
٦٣١ الباب الحادي عشر : في مقام لمعدة في بيتها ، وانتقالها إلى غيره
الباب الثاني عشر : في سكنى المعتدات ونفقة المطبقات
٦٣٩ لفصل الأول : في سكنى ونفقة لمطبقات
٦٤٢ لفصل الثاني : في سكنى ونفقة مطبقة الرجعية وكتايب والصغيرة
٦٤٣ لفصل الثالث : في سكنى الأمة المطبقة
٦٤٥ لفصل الرابع : في نفقة الأمة الحامل
٦٤٥ لفصل الخامس : في سكنى ونفقة المتوفى عنها زوجها
٦٤٩ لفصل السادس : في المطلقة إن كانت في بيت بكراء
الفصل السابع : في سكنى والنفقة على الزوج المعدم ، وفي سكنى
ونفقة أم الولد من وفاة سبدها أو عتقه لها
٦٥٠ لفصل الثامن : في سكنى ونفقة المرتدة
٦٥١ لفصل التاسع : في سكنى زوجة لمعترض والمجوسية إن أسلم زوجها
إذا فرق بينهما
٦٥١ لفصل العاشر : في سكنى المستحاضة
٦٥٢ الباب لثالث عشر : جمع مسائل مختلفة من الاستبراء وأمهات الأولاد
٦٥٣

الكتاب الثامن كتاب الأيمان بالطلاق

الباب الأول : فيمن أخبر بطلاق زوجته ، أو قال لها : أنت طالق

إن فعلت كذا ، أو شئت ، وتكرير الطلاق واليمين به

٦٥٥ الفصل الأول : فيمن أخبر بطلاق زوجته

٦٥٦ الفصل الثاني : فيمن قال لزوجته : أنت طالق إن فعلت كذا

٦٥٧ الفصل الثالث : فيمن قال : إذ طهرت ، أو حضت فأنت طالق

٦٥٧ الفصل الرابع : فيمن قال : أنت طالق إن شئت

الفصل الخامس : فيمن قال : إن كنت تبغضيني ، أو إر كنت تحبين

٦٥٨ فراقني فأنت طالق

٦٥٨ الفصل السادس : فيمن قال : إن كلمت فلانا فأنت طالق

٦٥٩ الفصل السابع : فيمن حلف بالطلاق على أن فلانا قال كذا وكذا

٦٥٩ الفصل الثامن : فيمن قال : إن لم أطلقك فأنت طالق

٦٥٩ الفصل التاسع : فيمن حلف بالطلاق على ما لا يمكن فعله

الباب الثاني : فيمن طلق إلى أجل أو وقت ، أو حلف به على عيب

٦٦١ الفصل الأول : في الطلاق إلى أجل

٦٦٣ الفصل الثاني : فيمن قال : أنت طالق كما حضت

٦٦٤ الفصل الثالث : فيمن قال : أنت طالق كما جاء يوم أو شهر أو سنة

٦٦٤ الفصل الرابع : فيمن قال : إذا حملت فأنت طالق

٦٦٦ الفصل الخامس : فيمن قال : إذا حملت فوضعت فأنت طالق

الفصل السادس : فيمن قال : إن لم يكن بك حمل ، أو إذا وضعت

٦٦٦ فأنت طالق

الباب الثالث : باب آخر من اليمين بالطلاق وتكرير الطلاق فيه ،

وعودته في ملك ثان

٦٦٨ الفصل الأول : فيمن قال : إن لم أفعل كذا فأنت طالق

٦٦٩ الفصل الثاني : في تكرير الطلاق

٦٧٠ الفصل الثالث : في عودة ما حلف به على المرأة في ملك ثان

٦٧٣ الباب الرابع : في الشك والمجهول في الطلاق

الباب الخامس : في تبعض الطلاق ، ومن طلق عضوا من امرأته ، أو

قال : إحدى نسائي طالق ، أو طقتك قبل أن أتزوجك ، أو أنا صبي
أو مجنون ، أو طلق بالعجمية

٦٧٨ الفصل الأول : في تبعض الطلاق

٦٧٨ الفصل الثاني : فيمن طلق عضوا من امرأته

٦٧٩ الفصل الثالث : فيمن قال : إحدى نسائي طالق

انفصل الرابع : فيمن قال : طقتك قبل أن أتزوجك ، أو أنا صبي ،

٦٨٠ أو مجنون ، أو طلق بالعجمية

بباب السادس : جامع القول في لاستثناء في الطلاق

٦٨١ لفصل الأول : في تعليق الطلاق بمشيئة الله أو بمشيئة غيره

٦٨٣ الفصل الثاني : فيمن طلق واستثنى بعض الطلاق

الباب السابع : في الطلاق قبل الملك واليمين به

٦٨٧ لفصل الأول : في لزوم الصلح قبل ملك . وهل يلزمه إن خص قبيلة ؟

الفصل الثاني : فيمن قل : كما تزوجتك ، أو إن تزوجتك أبدا

٦٨٨ فأنت طالق

٦٨٩ انفصل الثالث : فيمن طلق قبل الملك وعم

٦٨٩ الفصل الرابع : فيمن طلق قبل الملك وعم واستثنى مدينة

٦٩١ انفصل الخامس : فيمن طلق قبل الملك وعم وضرب لذلك أجلا

٦٩٣ الفصل السادس : فيمن طلق قبل الملك ثلاث وخص ثم تزوج ودخل

٦٩٤ انفصل السابع : فيمن طلق قبل الملك ووك من يزوجه

انفصل الثامن : فيمن حلف بطلاق من يتزوجها على زوجته ثم طلق

٦٩٥ زوجته ثلاثا ، ثم تزوج امرأة ثم تزوج الأولى

٦٩٦ الفصل التاسع : فيمن قال : إن تزوجت عليك فأمرها بيدك

٦٩٧ الفصل العاشر : فيمن شرط لها أن تزوج عيها فأمر نفسها بيدها

الفصل الحادي عشر : فيمن طلق ثلاثا إن لم يتزوج عليها اليوم ،

٦٩٨ فنكح نكاحا فاسدا

الباب الثامن : فيمن كتب إلى زوجته ، أو أرسل إليها بالطلاق وطلاق

الأخرس والسكران والمكره والسفيه والصبي والكافر والعبد

- ٧٠٠ الفصل الأول : فيمن كتب إلى زوجته أو أرسل إليها بالطلاق
- ٧٠١ الفصل الثاني : في طلاق الأخرس
- ٧٠١ الفصل الثالث : في طلاق السكران
- ٧٠٢ الفصل الرابع : في طلاق المبرسم والمجنون
- ٧٠٢ الفصل الخامس : في طلاق المكره
- ٧٠٣ الفصل السادس : في طلاق السفيه
- ٧٠٣ الفصل السابع : في طلاق الصبي
- ٧٠٤ الفصل الثامن : في طلاق الكافر
- ٧٠٤ الفصل لتاسع : في طلاق العبد
- ٧٠٥ الباب التاسع : في الغو في الطلاق ، ومسائل من لا يدين مختلفة
- الباب العاشر : في خيار الأمة تعتق وهي تحت عبد
- ٧٠٨ الفصل الأول : في مشروعية تحيير الأمة التي تعتق وهي تحت عبد
- ٧٠٩ الفصل الثاني : فيما يكون به خيارها من الطلاق
- ٧١١ الفصل الثالث : فيمن لم تحتر حتى عتق زوجها
- ٧١١ الفصل لرابع : فيمن تأخر علمها بالعتق
- ٧١٢ الفصل لخامس : فيمن وقفت سنة بعد العتق ولم توطأ
- ٧١٢ الفصل السادس : فيمن عتقت تحت عبد وهو غائب
- ٧١٤ الفصل لسابع : فيمن أعتق نصفها ، وفي خيار قبل العتق
- الباب الحادي عشر : في طلاق المريض ونكحه وغير ذلك من أحكامه
- ٧١٦ الفصل لأول : في طلاق المريض
- ٧١٨ الفصل الثاني : فيمن له حكم المريض في طلاقه
- ٧١٩ الفصل اثالث : في اوصية للمطلقة في المرض ، وفيمن نكح فيه
- ٧٢١ الفصل الرابع : فيمن ارتد في مرضه ، ومن طلق نصرانية أو أمة فيه
- الفصل الخامس : فيمن لاعن في مرضه ثم مات ، والمريض يطلق زوجته
- ٧٢٢ قبل البناء ثم يتزوجها قبل صحته

- الباب الثاني عشر : فيمن طبق حدى زوجته ثم مات ولم تعص المطلقة
أو مات عن أم وابنتها ولم تعلم الأولى ، أو مات عن خامسة غير معومة
الفصل الأول : فيمن طلق إحدى زوجته ثم مات ولم تعلم المطلقة ٧٢٤
الفصل الثاني : فيمن مات عن أم وابنتها ولم تعلم الأولى ٧٢٦
الفصل الثالث : فيمن مات عن خمس نسوة ولم تعص الخامسة ٧٢٨
الباب الثالث عشر : في لشهادة في الطلاق والإقرار به والدعوى فيه
الفصل الأول : في الشهادة في الطلاق واختلاف الشهود به ٧٣٠
الفصل الثاني : في شهادة الأعمى والمحدود في القذف ومن لا تجوز
شهادته في الطلاق ٧٣٦
الفصل الثالث : فيمن شهد عليه رجلان بأنه أمرهم بكذا وهو ينكر ،
ومن حلف بالطلاق على نفي ما أقر به ٧٣٦
الفصل الرابع : فيمن شهد عليه بالطلاق وهو ينكر ٧٣٧
الفصل الخامس : في الدعوى في الطلاق ٧٣٨

الكتاب التاسع

كتاب الظهار

- الباب الأول : باب جامع أقول في الظهار ، وما يلزم منه وما يلزم
الفصل الأول : في الظهار وأدلة تحريم ٧٤٤
الفصل الثاني : فيما يكون ظهارا من أقول ٧٤٦
الفصل الثالث : فيمن قال : أنت علي كظهر فلانة ، لامرأة أجنبية ٧٤٨
الفصل الرابع : فيمن قال : أنت علي كفلانة الأحبية ، ولم يذكر الظهر ٧٤٩
الفصل الخامس : فيمن قال : أنت عبي كظهر أبي أو غلامي ٧٥٠
الفصل السادس : فيمن قال : أنت علي مثل كل شيء حرمه الكتاب ،
أو أنت علي ك بعض ما حرم من النساء ٧٥١
الفصل السابع : في الظهار من الإماء ، ولذمي يظهر ثم يسلم ٧٥٢

- الفصل الثامن : في المحوسي يظهر من زوجته المحوسية بعد إسلامه ٧٥٣
- الفصل التاسع : فيظهار المرأة من زوجها ٧٥٤
- الفصل العاشر : في ظهر الصبي والمعتوه والمكره ٧٥٥
- الفصل الحادي عشر : فيظهار السفية ٧٥٦
- الفصل الثاني عشر : فيظهار السكران ٧٥٦
- الفصل الثالث عشر : فيظهار المحبوب والمعتز والشخص الغاني ٧٥٧
- الفصل الرابع عشر : فيمن قال عن امرأة أجنبية : هي أمي ، ومن قال
لمطبقته : لا راجعتك حتى أراحع أمي ٧٥٧
- الفصل الخامس عشر : فيمن قال لامرأته : إن شئت الظهار فأنت
علي كظهر أمي ٧٥٨
- الفصل السادس عشر : فيمن بوى بالظهار الطلاق ٧٥٩
- الباب الثاني : في الظهار إلى أجل ، أو من جماعة نساء ، أو كرهه
في زوجته
- الفصل الأول : في الظهار إلى أجل ٧٦١
- الفصل الثاني : في الظهار من جماعة نساء ٧٦٢
- الفصل الثالث : فيمن كرر الظهار في زوجته ٧٦٣
- الفصل الرابع : في دليل لزوم كفارة واحدة على من ظاهر من جماعة
نساء ٧٦٧
- الفصل الخامس : في الظهار من أربع نسوة قبل نكاحهن ٧٦٩
- الفصل السادس : فيمن قال : كن امرأة أتزوجها فهي عني كظهر أمي ٧٧٠
- الباب الثالث : في اليمين بالظهار ، وعودته في ملك ثان ، ووقوعه مع
طلاق أو إبلاء ، وظهار الرجل من امرأته وهي أمة أو صبية أو محرمة
أو حائض أو رتقاء أو كناية ، وظهار العبد من امرأته
- الفصل الأول : في اليمين بالظهار ٧٧٣
- الفصل الثاني : في عودة الظهار في ملك ثان ٧٧٣
- الفصل الثالث : في وقوع الظهار مع طلاق ٧٧٤

- ٧٧٥ الفصل الرابع : في وقوع الظهر مع إيلاء
- ٧٧٥ الفصل الخامس : في ظهار الرجل من امرأته وهي أمة
- الفصل السادس : في ظهار الرجل من امرأته وهي صبية أو محرمة أو
- ٧٧٦ حائض أو رتقاء أو كتيابة
- ٧٧٦ الفصل السابع : في ظهار العبد من امرأته
- الباب الرابع : في منع المظاهر الوطء قبل الكفارة ، ودخول الإيلاء
- عليه في تركها
- ٧٧٧ الفصل الأول : في منع المظاهر الوطء قبل الكفارة
- ٧٧٨ الفصل لثاني : في دخول الإيلاء على المظاهر إن لم يكفر
- الباب الخامس : فيمن ظهر وهو معسر ثم أيسر قبل لكفارة أو بعدما
- أخذ فيها ، وكفارة العبد في الظهار وغيره
- الفصل الأول : فيمن ظهر وهو معسر ثم أيسر قبل الكفارة أو بعدما
- أخذ فيها
- ٧٨٢ الفصل الثاني : في كفارة العبد في الظهار وغيره
- ٧٨٣ الباب السادس : فيمن ظاهر من امرأته ثم ماتت أو طلقها أو كفر عنها
- وليس له بزوجة
- ٧٨٥ الباب السابع : في الصيام في كفارة الظهر ، ومن أكل في صومه ،
- أو وطئ ، أو مرض
- ٧٨٨ الباب الثامن : في الإطعام في كفارة الظهر
- ٧٩٠ الباب التاسع : في العتق في كفارة لظهار
- الفصل الأول : فيما يجزئ من الرقاب في الكفارات
- ٧٩٥ الفصل الثاني : فيمن أعتق بعض عبد عن ظهاره
- ٧٩٧ الفصل الثالث : في ذكر ما لا يجزئ إعتاقه في الكفارة
- ٧٩٨ الفصل الرابع : فيما يمنع الإجزاء من العيوب
- ٨٠١ الفصل الخامس : في عتق الأعور في الظهار
- ٨٠٢ الفصل لسادس : في عتق الأعرج ، ومن به عيب خفيف ، والصغير

- والأعجمي ٨٠٢
- الفصل السابع : في عتق الرضيع وولد الزنا ٨٠٤
- الفصل الثامن : فيمن أعتق عبده عن ظهار غيره ٨٠٤
- الباب العاشر : فيمن صام عن ظهاره في رمضان أو ذي الحجة أو سافر في صومه فمرض
- الفصل الأول : فيمن صام عن ظهاره في رمضان أو ذي الحجة ٨٠٦
- الفصل الثاني : فيمن سافر في صوم الكفارة فمرض ٨٠٧
- الباب الحادي عشر : في كفارة من ظاهر من جماعة نساء أو يمين بالله ، أو إيلاء ٨٠٩

الكتاب العاشر كتاب التخيير والتملك

- الباب الأول : باب جامع في تخيير الزوجة وجوابها
- الفصل الأول : في معنى استخير وأدلتة ومايلزم به ٨١٢
- الفصل الثاني : فيمن قال لزوجته ، اختاري اليوم كله ٨١٨
- الفصل الثالث : فيمن جعل التخيير إلى وقت أو أمر مستقبس ٨٢٠
- الباب الثاني : في التملك ومادخل فيه من معاني التخيير
- الفصل الأول : في معنى التملك ومايلزم به ٨٢٤
- الفصل الثاني : في أثر الافتراق من المجلس بعد التملك أو التخيير ٨٢٧
- الفصل الثالث : في ذكر بعض ألفاظ التخيير ، وجواب المرأة ومايلزم بذلك ٨٣٠
- الفصل الرابع : فيمن قال لرجل : خير امرأتي ، ومن وطئ زوجته قبل علمها بالتخيير ، ومن قال لزوجته : أمرك بيدك ، وجواب ذلك ومايلزم بذلك ٨٣٠
- الفصل الخامس : فيمن قال : قد مكثت الثلاث ، أو اختاري في ثلاث

- و نحو ذلك ٨٣٥
- الفصل السادس : في تكرير التمليك وما يترتب به ٨٣٧
- الفصل السابع : فيمن ملك أمر زوجته رجلين ٨٤٠
- الفصل الثامن : في تمليك الأمة ٨٤١
- الفصل التاسع : فيمن نوى التمليك بقوله : حيّاك الله ٨٤١
- الباب الثالث : جامع التمليك والتخير ، وذكر الأجل والشرط فيه
- الفصل الأول : جامع التمليك والتخير ، وذكر الأجل وغير ذلك ٨٤٢
- الفصل الثاني : شرط التمليك في عقد النكاح أو بعده ٨٤٦
- الباب الرابع : جامع القول في الحرام والبينة والبرية والخلية والبائن ، وما يترتب من معاني الطلاق ، وفيمن قال : اعتدي ، أو كرر لطلاق أو أراد أن يحلف فصمت بعد ذكر الطلاق ، أو خاطب زوجته بما ليس من ألفاظ الطلاق ، ونيت في ذكر الطلاق ، وذكر الطلاق بالقب
- الفصل الأول : في أن الطلاق بلفظ الحرم وبينة ثلاث ٨٤٩
- الفصل الثاني : في الطلاق بألفاظ التحريم وبالبينة ٨٥٢
- الفصل الثالث : فيمن قل : أنت علي كالميتة أو نحوها ، أو حبك علي غاربك ٨٥٥
- الفصل الرابع : في الطلاق بلفظ الخلية وليرة والبينة والهة ونحوها ٨٥٦
- الفصل الخامس : فيمن قال لزوجته : اعتدي ، أو كرر الطلاق ٨٦٠
- الفصل السادس : فيمن أراد أن يحلف فصمت بعد ذكر الطلاق ٨٦١
- الفصل السابع : فيمن تنفط بالطلاق ونوى غير ما تلفظ به ٨٦٢
- الفصل الثامن : فيمن قل لزوجته : أنت طالق ، وقال : نويت من وثاق ٨٦٣
- الفصل التاسع : فيمن خاطب زوجته بما ليس من ألفاظ الطلاق ٨٦٤
- الفصل العاشر : في الطلاق بالقلب ٨٦٥
- الفصل الحادي عشر : فيما لا يقع به الطلاق من الألفاظ إلا بالنية ٨٦٦

الكتاب الحادي عشر كتاب الإيلاء

- الباب الأول : في الإيلاء ، وما يكون به من الأيمان مولب
- الفصل الأول : في معنى الإيلاء وحكمه ٨٧١
- الفصل الثاني : في أجل لإيلاء والحكم بعد انقضائه ٨٧٢
- الفصل الثالث : فيما يكون به من الأيمان موليا ٨٧٤
- الباب الثاني : فيمن حلف بالطلاق ليفعلن هو أو غيره كذا ،
ودخول الإيلاء عليه
- الفصل الأول : فيمن حلف بالطلاق يفعلن هو أو غيره كذا ٨٨٥
- الفصل الثاني : في دخول الإيلاء عليه ٨٨٦
- الباب الثالث : فيمن آلى من أجنبية أو صغيرة أو مطلقة أو أربع نسوة
أو حلف بعق عبده ألا يطاء امرأته أو بطلاق امرأة له أخرى
- الفصل الأول : فيمن آلى من أجنبية ٨٩٠
- الفصل الثاني : فيمن آلى من صغيرة ٨٩٠
- الفصل الثالث : فيمن آلى من رجعية ٨٩١
- الفصل الرابع : فيمن آلى من أربع نسوة ٨٩١
- الفصل الخامس : فيمن حلف بعق عبده ألا يطاء امرأته ٨٩١
- الفصل السادس : فيمن حلف بطلاق إحدى امرأته ألا يطاء الأخرى ٨٩٢
- الباب الرابع : في إيقاف لموي وفيتته والطلاق عليه ٨٩٤
- الباب الخامس : فيمن ترك وطء زوجته ، أو آلى وهو خصي أو شيخ
أو شاب ثم قطع ذكره
- الفصل الأول : فيمن ترك وطء زوجته ٩٠٠
- الفصل الثاني : فيمن آلى وهو خصي ، أو شيخ أو شاب ثم قطع ذكره ٩٠١
- الباب السادس : في رجعة المولي وعودة الإيلاء عليه ٩٠٢
- الباب السابع : في إيلاء العبد والكافر

٩٠٤ الفصل الأول : في إيلاء العبد

٩٠٥ الفصل الثاني : في إيلاء الكافر

الكتاب الثاني عشر كتاب اللعان

الباب الأول : ما يوجب اللعان ، وصفته ، وعلى من يجب

٩٠٦ الفصل الأول : في مشروعية اللعان

٩٠٧ الفصل الثاني : فيما يوجب اللعان

٩٠٩ الفصل الثالث : في صفة اللعان

٩١٢ الفصل الرابع : فيمن يجب عليه اللعان

٩١٤ الفصل الخامس : في ملاعنة الأمة والكتانية

٩١٤ الفصل السادس : في مكان اللعان

٩١٥ الفصل السابع : في حكم الصغير والصغيرة في اللعان

٩١٦ الفصل الثامن : في لعان الأعمى والأخرس

٩١٧ الفصل التاسع : في ذكر الأحكام المترتبة على اللعان

الباب الثاني : في نفي الحمل بعد رؤيته مدة ، وإقرار به ،

وما يلزم في ذلك

٩١٩ الفصل الأول : في نفي الحمل بعد رؤيته مدة

٩٢٠ الفصل الثاني : في الإقرار بزنا زوجته ، وما يلزم في ذلك

٩٢٣ الفصل الثالث : في ملاعنة من ولدت ولدين

الباب الثالث : جامع مسائل مختلفة من اللعان

٩٢٥ الفصل الأول : في ملاعنة المغتصبة

٩٢٦ الفصل الثاني : في إلحاق الولد من أنكر الحمل أو طلق قبل البناء

٩٢٧ الفصل الثالث : فيمن تزوج امرأة في لعدة ثم أنكر الولد منها

٩٢٨ الفصل الرابع : في نكول أحد الزوجين عن اللعان

- ٩٣٠ الفصل الخامس : في تصادق الزوجين على نفي الولد
- ٩٣١ الفصل السادس : فيمن عرض بزنا زوجته
- ٩٣١ الفصل السابع : في قذف الملائنة أو ابنها
- ٩٣٣ الفصل الثامن : في نفي الولد ، أو الإقرار به بعد لعانه منه
- ٩٣٣ الفصل التاسع : فيمن أنكر لون ولده
- ٩٣٤ الفصل العاشر : فيمن قذف رجلا معينا بزنا
- الفصل الحادي عشر : في المرأة إن ضرب بطنها فألقت جنينا ، وفي موت أحد الزوجين قبل إلتعانه أو بعده
- ٩٣٤ الفصل الثاني عشر : في المرأة إن شهد عليها بالزنا أربعة أحدهم زوجها
- ٩٣٧ الفصل الثالث عشر : فيمن لم يرفع إلى السلطان بقذفه ، وفيمن أنكر ولد زوجته التي لم يدخل بها
- ٩٣٨ الفصل الرابع عشر : في سكتى الملائنة
- ٩٣٨ الفصل الخامس عشر : في عدم استحقاق الملائنة للمتعة
- ٩٣٩ الفصل السادس عشر : فيمن قذف زوجته وهي حائض أو نفساء
- ٩٣٩

الكتاب الثالث عشر

كتاب الاستبراء

- الباب الأول : في استبراء الإمام في البيع وغيره
- ٩٤١ الفصل الأول : في مشروعية استبراء الإمام
- ٩٤٤ الفصل الثاني : في استبراء المستحاضة والمكاتبة
- ٩٤٥ الفصل الثالث : في استبراء المغتصبة
- ٩٤٥ الفصل الرابع : في استبراء من استحقت بحرية
- ٩٤٦ الفصل الخامس : في استبراء المرهونة والمودعة والموهوبة
- الفصل السادس : في استبراء من بيعت على المواضعة ثم رجعت إليه
- ٩٤٧ ومن وهبها لولده

- الفصل السابع : في استبراء من باعها على ابنه الصغير أو اشتراها من زوجته ، أو خالعتها عليها أو وهبتها له ٩٤٨
- الفصل الثامن : في استبراء من لم توطأ ٩٤٨
- الفصل التاسع : في استبراء من بيعت فحبت بالثمن ٩٤٩
- الفصل العاشر : في استبراء من بيعت في أيام حيضتها ٩٥٠
- الباب الثاني : في استبراء الأمة تباع ثم يستقال منها أو يفسخ بيعها ، أو تتبرع من عبد ، أو ترد بخيار أو بعيب
- الفصل الأول : في استبراء الأمة تباع ثم يستقال منها ٩٥٢
- الفصل الثاني : في استبراء الأمة تباع ثم يفسخ بيعها أو يشتريها من عبده ٩٥٣
- الفصل الثالث : في استبراء الأمة تباع ثم ترد بخيار ٩٥٣
- الفصل الرابع : في استبراء الأمة تباع ثم ترد بعيب ٩٥٤
- الباب الثالث : فيمن لامواضة فيها من حامل أو وحش ، والتيري من الحمل ، وهل تصدق الأمة في حيض الاستبراء؟
- الفصل الأول : فيمن لامواضة فيها من حامل أو وحش ٩٥٦
- الفصل الثاني : في التيري من الحمل ٩٥٧
- الفصل الثالث : في الأمة هل تصدق في حيض الاستبراء ٩٥٧
- الباب الرابع : في المواضة وعدتها والنقد فيها
- الفصل الأول : في المواضة وسببها ٩٥٩
- الفصل الثاني : في المواضة على يد النساء ٩٦٠
- الفصل الثالث : في المواضة على يد رجل ٩٦٠
- الفصل الرابع : فيمن قبضت على شرط الحيازة وسقوط المواضة ٩٦٣
- الفصل الخامس : فيمن زعم بائعها أنه لم يوطأ ، أو قال : ووطئت واستبرأت ٩٦٤
- الفصل السادس : فيمن أقر بائعها بالوطء ، وشرط ترك المواضة ٩٦٤
- الباب الخامس : فيمن ابتاع زوجته ، وكيف إن باعها أو استبرأها من

- فسخ نكاحها ، أو بيعت بغير إذن ربها ، ومن وطئ جارية ابنه
 الفصل الأول : في استبراء من اشتراها زوجها ، وكيف إن باعها أو
 استبرأها من فسخ نكاحها ٩٦٧
- الفصل الثاني : في استبراء جارية الابن إن وطئها الأب ٩٦٩
- الباب السادس : في تزويج الرجل أخته وقد وطئها أم لا ٩٧١
- الباب السابع : في استبراء ذات الزوج والمعتدة والمرتابة ، وما يحدث
 للأمة في المواضعة
- الفصل الأول : في استبراء ذات الزوج ٩٧٣
- الفصل الثاني : في استبراء المعتدة والمرتابة ٩٧٤
- الفصل الثالث : فيما يحدث للأمة في المواضعة ٩٧٦
- الباب الثامن : فيمن وطئ جارية ثم اشترى أختها أو تزوجها
 الفصل الأول : فيمن وطئ جارية ثم اشترى أختها ٩٧٨
- الفصل الثاني : فيمن وطئ جارية ثم تزوج أختها ٩٨١
- الباب التاسع : في استبراء الأمة قبل البيع ، ومواضعها وتوليبتها من
 وضعت على يديه واشترط النقد ، ومواضعة الثمن ٩٨٢
- الباب العاشر : في وطء الجارية في أيام الاستبراء وإلحاق الولد
 الفصل الأول : في وطء الجارية في أيام الاستبراء ٩٨٥
- الفصل الثاني : في إلحاق الولد ٩٨٨

الفهارس

- فهرس الآيات ٩٩٢
- فهرس الأحاديث ١٠٠١
- فهرس الآثار ١٠٠٨
- فهرس الأعلام ١٠٢٢
- فهرس القواعد الأصولية ١٠٣٠

١٠٣١	فهرس القواعد الفقهية
١٠٣٣	فهرس الضوابط الفقهية
١٠٤٠	فهرس الأماكن والبلدان
١٠٤١	فهرس المصطلحات الفقهية
١٠٤٣	فهرس الألفاظ الغريبة
١٠٥٠	فهرس المصادر والمراجع
١٠٦٦	فهرس الموضوعات